

# Zweigleisiger Vertrieb von Markenartikeln

Wirtschaftliche Erscheinung und rechtliche Problematik

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von  
REINHARD OERTLI  
von Bertschikon ZH

1900

genehmigt auf Antrag von  
Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



# Zweigleisiger Vertrieb von Markenartikeln

Wirtschaftliche Erscheinung und rechtliche Problematik

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich  
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von  
REINHARD OERTLI  
von Bertschikon ZH

genehmigt auf Antrag von  
Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 13. Juli 1988

Der Dekan:  
Prof. Dr. Hansjörg Siegenthaler

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 111 der Reihe  
Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht,  
herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser.



*für Salome*



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

## VORWORT

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem zweigleisigen Vertrieb von Markenartikeln, d.h. dem Vertrieb desselben Produkts mit verschiedenen Marken, unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten: Zuerst wird diese absatzwirtschaftliche Erscheinung in ihren ökonomischen Zusammenhängen dargestellt. Aufgrund der dabei gewonnenen Erkenntnisse werden die Probleme untersucht, die sich bei einer rechtlichen Beurteilung des zweigleisigen Vertriebs stellen. Dabei stehen zwei Punkte im Vordergrund: Im Markenrecht die Frage der Vereinbarkeit mit den traditionellen Markenfunktionen, im Recht des unlauteren Wettbewerbs das oft diskutierte Problem, ob der Konsument getäuscht werde, wenn ein Produkt unter verschiedenen Marken zu unterschiedlichen Preisen erhältlich ist. Weitere Teile der Arbeit befassen sich mit dem Zustandekommen und der Erfüllung von Verträgen mit einem zweigleisig vertriebenen Produkt als Vertragsgegenstand sowie mit der kartellrechtlichen Beurteilung des zweigleisigen Vertriebs im Spannungsfeld zwischen Angebots- und Nachfragemacht.

An erster Stelle möchte ich Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep dafür danken, dass er mich auf dieses Thema aufmerksam gemacht hat, sowie für seine vielfältigen Hinweise und Anregungen.

Dank schulde ich ebenfalls dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht in München für das mir gewährte Gastrecht. Die Gespräche mit Dr. Frauke Henning-Bodewig und Dr. Annette Kur sowie mit Prof. Dr. Michael Lehmann haben mir wertvolle Anregungen für die Behandlung meines Themas vermittelt. Wegen der zeitlichen Ueberschneidung der Publikation war es mir nicht möglich, das grundlegende Werk von Kur/Henning-Bodewig über Markenrecht und Verbraucherschutz, in dem auch der zweigleisige Vertrieb untersucht wird, in meiner Arbeit zu berücksichtigen.

Weiter danke ich meinen Freunden RA Dr. MBA Peter Baltensperger und RA lic.iur. LLM Martin Weber für wertvolle Unterstützung sowie lic.phil.I Hans-Peter Stamm für die Anleitung zur computermässigen Auswertung der Ergebnisse der von mir durchgeführten Befragung. Mit auch unter schwierigen Umständen nicht erlahmendem Einsatz hat sich Frau Therese Haab-von Büren der Textverarbeitungsaufgaben angenommen. Auch ihr sei herzlich gedankt.

Für die Finanzierung der Drucklegung - und für viel anderes - danke ich meinen Eltern Hans und Rosmarie Oertli-Fluck. Der grösste Dank aber gebührt meiner

Frau RA Dr. Salome Zimmermann Oertli für ihre nie erlahmende Unterstützung, Ermutigung und Anteilnahme - und auch ihren Einsatz beim Korrekturlesen.

Zürich, im Juli 1988

Reinhard Oertli

Neben allen Firmenvertretern, die den von mir verschickten Fragebogen beantwortet haben, möchte ich folgenden Personen und Firmen resp. Institutionen danken, die im persönlichen Gespräch meine Kenntnisse über die wirtschaftlichen Hintergründe des zweigleisigen Vertriebs erweitert haben:

Dr. Beat Auer, PROMARCA, Schweizerischer Markenartikelverband,

H. Peier und lic.iur. F.Allanfranchini, Coop Schweiz,

Dr. H.R. Reeb, Linth & Sprüngli AG,

Dr. W. Fischer, Neue Warenhaus AG,

F. Thomet, Wannerit AG,

E. Gugelmann Migros-Genossenschafts-Bund.



# INHALTSÜBERSICHT

|                                                                   |            |
|-------------------------------------------------------------------|------------|
| Vorwort                                                           | V          |
| Inhaltsübersicht                                                  | VII        |
| Inhaltsverzeichnis                                                | IX         |
| Literaturverzeichnis                                              | XXXVI      |
| Abkürzungen                                                       | XLIII      |
| <b>1 TEIL Einleitung</b>                                          | <b>1</b>   |
| § 1 Definition des zweigleisigen Vertriebs                        | 1          |
| § 2 Methodisches                                                  | 6          |
| <b>2. TEIL Wirtschaftliche Betrachtung</b>                        | <b>11</b>  |
| <b>1. KAPITEL Einzelwirtschaftliche Betrachtung</b>               | <b>11</b>  |
| § 3 Zweigleisiger Vertrieb und Unternehmensstrategie              | 11         |
| § 4 Preis- und absatztheoretische Betrachtung                     | 16         |
| § 5 Marketingaspekte                                              | 32         |
| § 6 Zweigleisiger Vertrieb und Kaufentschluss                     | 36         |
| <b>2. KAPITEL Gesamtwirtschaftliche Beurteilung</b>               | <b>48</b>  |
| § 7 Begriff des Wettbewerbs                                       | 48         |
| § 8 Funktionale Bewertung des zweigleisigen Vertriebs             | 60         |
| <b>3. TEIL Juristische Betrachtung I: Kein Machtbezug</b>         | <b>81</b>  |
| <b>1. KAPITEL Markenrecht</b>                                     | <b>81</b>  |
| § 9 Die Marke                                                     | 81         |
| § 10 Subjektives Markenrecht                                      | 104        |
| <b>2. KAPITEL Lauterkeitsrecht</b>                                | <b>112</b> |
| § 11 Konkretisierung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel    | 112        |
| § 12 Lauterkeitsrechtliche Beurteilung                            | 140        |
| <b>3. KAPITEL Schuldrecht</b>                                     | <b>182</b> |
| § 13 Zweigleisiger Vertrieb und Schuldrecht                       | 182        |
| <b>4. TEIL Juristische Betrachtung II: Mit Machtbezug</b>         | <b>203</b> |
| <b>1. KAPITEL Einstufiger Markt</b>                               | <b>203</b> |
| § 14 Zweigleisiger Vertrieb und Kartellrecht                      | 203        |
| § 15 Preisüberwachungsgesetz                                      | 220        |
| <b>2. KAPITEL Zweistufiger Markt</b>                              | <b>228</b> |
| § 16 Zweigleisiger Vertrieb und Angebotsmacht                     | 228        |
| § 17 Zweigleisiger Vertrieb zwischen Angebots- und Nachfragemacht | 242        |
| <b>§ 18 Anhang: Schriftliche Befragung</b>                        | <b>256</b> |





## INHALTSVERZEICHNIS

|                                                             |               |
|-------------------------------------------------------------|---------------|
| <b>1. TEIL Einleitung</b>                                   | <b>1</b>      |
| <b>§ 1 Definition des zweigleisigen Vertriebs</b>           | <b>1</b>      |
| A Definition                                                | 1             |
| B Elemente der Definition                                   | 1             |
| I. Der Vertrieb                                             | 1             |
| II. Ein Produkt                                             | 1             |
| 1. Produktbegriff                                           | 1             |
| 2. Frage der Produktgleichheit                              | 2             |
| 3. Elemente des Produktbegriffs                             | 2             |
| a) Elemente des Marketing-Mix                               | 2             |
| b) Elemente der Leistungsgesamtheit                         | 3             |
| 4. Gleichheit und Verschiedenheit                           | 4             |
| III. Verschiedene Marken                                    | 5             |
| IV. Ein Markt                                               | 5             |
| C Andere Definitionen                                       | 6             |
| <b>§ 2 Methodisches</b>                                     | <b>6</b>      |
| A Aufbau                                                    | 6             |
| I. Wirtschaftliche und rechtliche Fragestellung             | 6             |
| II. Ein- und zweistufiger Marktaufbau                       | 7             |
| B Verhältnis zwischen Oekonomie und Recht                   | 7             |
| I. Verrechtlichung der Oekonomie                            | 7             |
| II. Oekonomisierung des Rechts                              | 8             |
| <br><b>2. TEIL Wirtschaftliche Betrachtung</b>              | <br><b>11</b> |
| <b>1. KAP. Einzelwirtschaftliche Betrachtung</b>            | <b>11</b>     |
| <b>§ 3 Unternehmensstrategie</b>                            | <b>11</b>     |
| A Produktlebenszyklus und Produktevolution                  | 11            |
| I. Marktstellung bei Einführung des zweigleisigen Vertriebs | 11            |
| II. Verlängerung des Produktlebens                          | 12            |
| 1. Traditioneller Produktlebenszyklus                       | 12            |
| 2. Produktevolution und -diversifikation                    | 12            |
| III. Ueberbrückung periodischer Absatzschwankungen          | 13            |

|                                                                                  |           |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| B Sortimentspolitik .....                                                        | 13        |
| I. Allgemeines .....                                                             | 13        |
| II. Betriebswirtschaftliche und strategische Motivation .....                    | 13        |
| III. Auf Deckungsbeiträge ausgerichteter zweigleisiger Vertrieb .....            | 14        |
| C Produktionsrationalisierender zweigleisiger Vertrieb .....                     | 14        |
| I. Spezialisierung mit Kollegenlieferung .....                                   | 14        |
| II. Produktionskonzentration .....                                               | 15        |
| III. Produktionsdiversifikation .....                                            | 15        |
| <b>§ 4 Preis- und absatztheoretische Betrachtung .....</b>                       | <b>16</b> |
| A Monopolistische Marktmodelle .....                                             | 16        |
| I. Allgemeines .....                                                             | 16        |
| II. Unterschiedliche Nachfragerpräferenzen .....                                 | 17        |
| 1. Fehlen von Nachfragerpräferenzen im Modell des vollkommenen Wettbewerbs ..... | 17        |
| 2. Differenzierte Nachfragerpräferenzen .....                                    | 17        |
| 3. Marke und Nachfragerpräferenzen .....                                         | 18        |
| a) Positive Nachfragerpräferenzen .....                                          | 18        |
| b) Fehlen von positiven Nachfragerpräferenzen .....                              | 18        |
| III. Monopolistische Wettbewerbssituation .....                                  | 18        |
| 1. Modell des monopolistischen Wettbewerbs .....                                 | 18        |
| 2. Probleme des Anbieters in einer monopolistischen Angebotsituation .....       | 19        |
| 3. Zweigleisiger Vertrieb im monopolistischen Wettbewerb .....                   | 21        |
| B Oligopolistisches Marktmodell .....                                            | 21        |
| I. Anzahl der Anbieter .....                                                     | 21        |
| II. Oligopolistischer Konformitätsdruck .....                                    | 21        |
| C Marktspaltung und Produktdifferenzierung .....                                 | 22        |
| I. Marktspaltung .....                                                           | 22        |
| 1. Grundlagen .....                                                              | 22        |
| 2. Methoden .....                                                                | 22        |
| 3. Unterschiedliche Markierung als Mittel der indirekten Marktspaltung .....     | 23        |
| 4. Gefahren der Marktspaltung .....                                              | 24        |
| 5. Unterschiedliche Markierung bei vorbestehender Marktspaltung .....            | 24        |
| II. Produktdifferenzierung .....                                                 | 25        |
| 1. Produktdifferenzierung und unterschiedliche Zusatzleistungen .....            | 25        |
| a) Produktdifferenzierung .....                                                  | 25        |
| b) Unterschiedliche Zusatzleistungen .....                                       | 25        |
| 2. Nutzen der Differenzierung .....                                              | 26        |
| a) Angebotsdifferenzierung im allgemeinen .....                                  | 26        |
| b) Speziell bei asymmetrischen Marktstrukturen .....                             | 26        |

|                                                                                |           |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3. Kosten der Differenzierung .....                                            | 27        |
| III. Formen der Differenzierung .....                                          | 27        |
| 1. Verschiedene Differenzierungselemente .....                                 | 27        |
| 2. Preisdifferenzierung .....                                                  | 28        |
| 3. Vertriebswegdifferenzierung .....                                           | 29        |
| a) Selektiver Vertrieb .....                                                   | 29        |
| b) Vertriebswegspaltung .....                                                  | 30        |
| c) Sekundäre Vertriebswegdifferenzierung .....                                 | 30        |
| 4. Kommunikationsdifferenzierung .....                                         | 31        |
| a) Allgemeines .....                                                           | 31        |
| b) Direkte und indirekte Kommunikation .....                                   | 31        |
| c) Verschiedene Kommunikationskanäle .....                                     | 31        |
| <b>§ 5 Marketingaspekte .....</b>                                              | <b>32</b> |
| A Marktsegmentierung .....                                                     | 32        |
| I. Grundlagen .....                                                            | 32        |
| II. Segmentierungskriterien .....                                              | 33        |
| 1. Wahrgenommene Produkteigenschaften .....                                    | 33        |
| 2. Image .....                                                                 | 34        |
| III. Marktsegmentierung und zweigleisiger Vertrieb .....                       | 34        |
| 1. Image als Segmentierungskriterium .....                                     | 34        |
| 2. Produktvarianten mit unterschiedlichem Image .....                          | 35        |
| B Der Markenartikel .....                                                      | 35        |
| I. Definitionen des Markenartikels .....                                       | 35        |
| II. Zweigleisiger Vertrieb und Markenartikel .....                             | 36        |
| <b>§ 6 Zweigleisiger Vertrieb und Kaufentschluss .....</b>                     | <b>36</b> |
| A Kaufentschluss und Informationsprozess .....                                 | 36        |
| I. Zustandekommen des Kaufentschlusses .....                                   | 36        |
| II. Informationsprozess und zweigleisiger Vertrieb .....                       | 36        |
| III. Elemente des Informationsprozesses .....                                  | 37        |
| B Beschaffung und Nutzung von Informationen .....                              | 38        |
| I. Intensität der Informationsbeschaffung und -nutzung .....                   | 38        |
| 1. Determinanten der Suchintensität .....                                      | 38        |
| 2. Informationskomplexität .....                                               | 38        |
| 3. Zusammenhang zwischen Situationskomplexität und Informationsverhalten ..... | 39        |
| 4. Ergebnis .....                                                              | 40        |
| a) Informationsverarbeitung durch Individuen .....                             | 40        |
| b) Informationsverarbeitung durch Unternehmen .....                            | 40        |
| II. Informationsverhalten und zweigleisiger Vertrieb .....                     | 41        |
| 1. Hypothetisch und tatsächlich erkennbare Basisproduktidentität .....         | 41        |



|                                                                         |           |
|-------------------------------------------------------------------------|-----------|
| a) Grenzen der hypothetischen Erkennbarkeit . . . . .                   | 41        |
| b) Grenzen der tatsächlichen Erkennbarkeit . . . . .                    | 41        |
| 2. Hypothetisch und tatsächlich erkennbare Nutzenidentität . . . . .    | 41        |
| a) Grenzen der hypothetischen Erkennbarkeit . . . . .                   | 41        |
| b) Grenzen der tatsächlichen Erkennbarkeit . . . . .                    | 42        |
| c) Fehlende Nutzenidentität . . . . .                                   | 42        |
| 3. Die Marke als Produktsymbol . . . . .                                | 42        |
| 4. Fazit . . . . .                                                      | 43        |
| C Informationsverarbeitung . . . . .                                    | 43        |
| I. Informationseinheiten . . . . .                                      | 44        |
| 1. Allgemeines . . . . .                                                | 44        |
| 2. Schlüsselinformationen . . . . .                                     | 44        |
| II. Verarbeitungsprogramme . . . . .                                    | 44        |
| 1. Verarbeitungsprogramme und Schlüsselinformation . . . . .            | 44        |
| 2. Informationsverarbeitung in relativer Rationalität . . . . .         | 46        |
| 3. Informationsverarbeitungsprogramme und Konsumentenaufklärung . . . . | 46        |
| 4. Fazit . . . . .                                                      | 47        |
| <b>2. KAP. Gesamtwirtschaftliche Beurteilung . . . . .</b>              | <b>48</b> |
| <b>§ 7 Begriff des Wettbewerbs . . . . .</b>                            | <b>48</b> |
| A Definition des Wettbewerbs . . . . .                                  | 48        |
| I. Kategorisierung der Wettbewerbsbegriffe . . . . .                    | 48        |
| 1. Allgemeines . . . . .                                                | 48        |
| 2. Prozesstheoretische Wettbewerbsbegriffe . . . . .                    | 49        |
| 3. Ergebnisorientierte Wettbewerbsbegriffe . . . . .                    | 50        |
| 4. Wettbewerb als Systembegriff . . . . .                               | 50        |
| II. Wettbewerb als Systembegriff . . . . .                              | 50        |
| 1. Handlungssystem . . . . .                                            | 50        |
| 2. Systemsinn . . . . .                                                 | 51        |
| 3. Funktionaler Bezug . . . . .                                         | 51        |
| 4. Zweckmehrheit . . . . .                                              | 52        |
| III. Selbst- und Fremdstabilisierung . . . . .                          | 53        |
| 1. Selbststabilisierung . . . . .                                       | 53        |
| a) Absolute Selbststabilisierung . . . . .                              | 53        |
| b) Selbststabilisierung und per se-Regeln . . . . .                     | 53        |
| c) Modellannahmen . . . . .                                             | 54        |
| 2. Grenzen der Selbststabilisierung und Fremdstabilisierung . . . . .   | 55        |
| a) Ausklammern der Zeitdimension ( $\alpha$ ) . . . . .                 | 55        |
| b) Unvorhersehbarkeit und Erkenntnismöglichkeit ( $\beta$ ) . . . . .   | 55        |
| 3. Fremdstabilisierung . . . . .                                        | 56        |

|                                                                         |           |
|-------------------------------------------------------------------------|-----------|
| B Wettbewerb: System oder Institut? .....                               | 56        |
| I. Institution .....                                                    | 57        |
| II. System .....                                                        | 58        |
| III. Vergleich von System und Institut .....                            | 58        |
| 1. Sein und Sollen .....                                                | 58        |
| 2. Veränderung und Bewahrung .....                                      | 59        |
| <b>§ 8 Funktionale Bewertung des zweigleisigen Vertriebs .....</b>      | <b>60</b> |
| A Funktionale Bewertungsmethode .....                                   | 60        |
| I. Allgemeines .....                                                    | 60        |
| II. Funktionaler Vergleich .....                                        | 60        |
| III. Ausschluss durch den Wettbewerb .....                              | 61        |
| IV. Wettbewerbsakteur als Funktionär .....                              | 61        |
| B Zweigleisiger Vertrieb und Evolution des Wettbewerbs .....            | 62        |
| I. Evolution und wirksamer Wettbewerb .....                             | 62        |
| II. Evolution und Marktunvollkommenheiten .....                         | 63        |
| 1. Allgemeines .....                                                    | 63        |
| 2. Zweigleisiger Vertrieb als innovatorische Wettbewerbshandlung .....  | 63        |
| 3. Zweigleisiger Vertrieb als imitatorische Wettbewerbshandlung .....   | 64        |
| III. Zweigleisiger Vertrieb als Markterkundungsstrategie .....          | 64        |
| 1. Einführen einer weiteren Produktvariante zur Markterkundung .....    | 64        |
| 2. Reaktionen des Marktes .....                                         | 65        |
| 3. Fazit .....                                                          | 66        |
| C Zweigleisiger Vertrieb und Wettbewerbszwecke .....                    | 66        |
| I. Katalog der Wettbewerbszwecke .....                                  | 66        |
| 1. Fünf ökonomische Wettbewerbszwecke .....                             | 66        |
| 2. Freiheit als Wettbewerbsziel .....                                   | 67        |
| II. Auswirkungen auf die statischen Wettbewerbsfunktionen .....         | 67        |
| 1. Allgemeines .....                                                    | 67        |
| 2. Relevante Marktzustände .....                                        | 67        |
| 3. Bestimmungsfaktoren für die Marktreaktionen .....                    | 68        |
| 4. Marktreaktion je nach Zusatzleistungsdifferenz .....                 | 69        |
| a) Zweigleisiger Vertrieb mit deutlicher Zusatzleistungsdifferenz ..... | 69        |
| b) Zweigleisiger Vertrieb ohne deutliche Zusatzleistungsdifferenz ..... | 69        |
| 5. Folgerungen .....                                                    | 70        |
| III. Auswirkungen auf die dynamischen Wettbewerbsfunktionen .....       | 71        |
| 1. Wettbewerbsintensität .....                                          | 71        |
| 2. Zweigleisiger Vertrieb und Wettbewerbsintensität .....               | 72        |
| a) Mögliche Senkung der Wettbewerbsintensität .....                     | 72        |
| b) Mögliche Erhöhung der Wettbewerbsintensität .....                    | 72        |
| 3. Funktionaler zweigleisiger Vertrieb .....                            | 72        |
| a) Preisstarrheit .....                                                 | 73        |



|                                                                     |           |
|---------------------------------------------------------------------|-----------|
| b) Strukturelle Starrheit .....                                     | 73        |
| c) Fazit .....                                                      | 74        |
| 4. Dysfunktionaler zweigleisiger Vertrieb .....                     | 75        |
| D Zweigleisiger Vertrieb und Wettbewerbsfreiheit .....              | 76        |
| I. Freiheit der Konkurrenten .....                                  | 76        |
| 1. Allgemeines .....                                                | 76        |
| 2. Mischkalkulation zwischen den Varianten .....                    | 76        |
| a) Verdrängungsmissbrauch .....                                     | 76        |
| b) Absicherung der Positionierung .....                             | 77        |
| 3. Keine Mischkalkulation zwischen den Varianten .....              | 78        |
| a) Unbeeinflusstes Spiel der Marktkräfte .....                      | 78        |
| b) Einzelvariantenbezogener Machtmissbrauch .....                   | 78        |
| c) Zweigleisiger Vertrieb und Markteintrittsschranken .....         | 78        |
| II. Wahlfreiheit der Marktgegenseite .....                          | 79        |
| 1. Vergrößerung der Wahlfreiheit .....                              | 79        |
| 2. Einschränkung der Wahlfreiheit durch Machteinsatz .....          | 79        |
| a) Allgemeines .....                                                | 79        |
| b) Nicht gegenüber Letztabnehmern .....                             | 79        |
| c) Gegenüber Absatzmittlern .....                                   | 80        |
| 3. Wettbewerbsverfälschung ohne Marktmacht .....                    | 80        |
| <br><b>3. TEIL Juristische Betrachtung I: Kein Machtbezug .....</b> | <b>81</b> |
| <br><b>1. KAP. Markenrecht .....</b>                                | <b>81</b> |
| <b>§ 9 Die Marke .....</b>                                          | <b>81</b> |
| A Definition .....                                                  | 81        |
| I. Zwei Begriffe der Marke .....                                    | 81        |
| II. Juristische Markendefinition .....                              | 83        |
| 1. Fehlende Legaldefinition .....                                   | 83        |
| 2. Elemente des Markenbegriffs .....                                | 83        |
| B Wesen der Marke .....                                             | 83        |
| I. Marke als Zeichen .....                                          | 83        |
| II. Marke als Bewusstseinsphänomen .....                            | 84        |
| III. Anwendung auf den zweigleisigen Vertrieb .....                 | 84        |
| 1. Marke als Zeichen .....                                          | 84        |
| 2. Marke als Bewusstseinsphänomen .....                             | 84        |
| C Funktionen der Marke: Stand der Lehre .....                       | 85        |
| I. Allgemeines .....                                                | 85        |
| 1. Wirtschaftliche und rechtliche Funktionen .....                  | 85        |
| 2. Bedeutung der rechtlichen Markenfunktion .....                   | 86        |

|                                                                             |            |
|-----------------------------------------------------------------------------|------------|
| II. Die einzelnen Funktionen im Ueberblick .....                            | 87         |
| III. Unterscheidungsfunktion .....                                          | 87         |
| 1. Allgemeines .....                                                        | 87         |
| 2. Reine oder negative Individualisierung .....                             | 88         |
| 3. Positive Individualisierung .....                                        | 89         |
| a) Hinweisfunktion .....                                                    | 89         |
| b) Werbe- und Wettbewerbsfunktion .....                                     | 90         |
| 4. Positive Individualisierung und zweigleisiger Vertrieb .....             | 90         |
| IV. Herkunftsfunktion .....                                                 | 90         |
| 1. Konkrete Herkunftsfunktion .....                                         | 90         |
| 2. Abstrakte und erweiterte Herkunftsfunktion .....                         | 91         |
| 3. Physischer Herkunftsbegriff .....                                        | 91         |
| V. Qualitätsfunktion .....                                                  | 93         |
| 1. Zulässigkeit anderer Hinweisfunktionen aufgrund des Gesetzestextes ..... | 93         |
| 2. Qualitätsbegriff .....                                                   | 93         |
| a) Qualitätsfixierung .....                                                 | 94         |
| b) Folgerung .....                                                          | 94         |
| VI. Werbe- und Wettbewerbsfunktion .....                                    | 95         |
| 1. Werbe- oder Suggestivfunktion .....                                      | 95         |
| 2. Wettbewerbs- oder Wettbewerbsausschlussfunktion .....                    | 96         |
| D Funktionen der Marke: Eigene Stellungnahme .....                          | 97         |
| I. Mängel der genannten Markenfunktionstheorien .....                       | 97         |
| II. Einheitlich verantworteter Ursprung .....                               | 98         |
| 1. Einheitlich verantworteter Ursprung als gattungsstiftendes Merkmal ...   | 98         |
| 2. Uebertragung der Produkterfahrung .....                                  | 98         |
| 3. Gleich markierte Produkte als Garantie-Gemeinschaft .....                | 99         |
| III. Kommunikationsfunktion .....                                           | 99         |
| 1. Marke als Kommunikationsinstrument .....                                 | 99         |
| 2. Verhältnis zu den andern Markenfunktionen .....                          | 100        |
| 3. Formale positive Individualisierung .....                                | 101        |
| IV. Anwendung der Kommunikationsfunktion .....                              | 101        |
| 1. Zeichennatur und Kommunikationsfunktion .....                            | 101        |
| 2. Kommunikationsfunktion und Trollers "Wesen der Marke" .....              | 101        |
| 3. Kommunikation und zweigleisiger Vertrieb .....                           | 102        |
| a) Differenzierung von Sponsorship und Kommunikation .....                  | 102        |
| b) Unterschiedliche Markierung als Kommunikationsdifferenzierung .....      | 102        |
| 4. Abgrenzung gegenüber Lauterkeits- und Kartellrecht .....                 | 102        |
| <b>§ 10 Subjektives Markenrecht .....</b>                                   | <b>104</b> |
| A Kennzeichnungsfreiheit oder Kennzeichnungspflicht .....                   | 104        |

|                                                                               |            |
|-------------------------------------------------------------------------------|------------|
| I. Kennzeichnungsfreiheit .....                                               | 104        |
| 1. Markenerwerbsfreiheit .....                                                | 104        |
| 2. Markenbenutzungsfreiheit .....                                             | 105        |
| 3. Gemeinsame Grundlage für Erwerbs- und Benutzungsfreiheit .....             | 105        |
| II. Kennzeichnungspflicht .....                                               | 105        |
| 1. Öffentlich-rechtliche Kennzeichnungspflicht .....                          | 105        |
| 2. Lauterkeitsrechtliche Kennzeichnungspflicht .....                          | 106        |
| 3. Konsumentenschutz und Kennzeichnungspflicht .....                          | 106        |
| B Subjektives Markenrecht und zweigleisiger Vertrieb .....                    | 106        |
| I. Allgemeines .....                                                          | 106        |
| II. Verbot des nachträglichen Markierens von Originalware durch Dritte ....   | 107        |
| 1. Recht zum Austauschen der Marken? .....                                    | 107        |
| a) Keine Täuschung des Publikums über die Herkunft? .....                     | 107        |
| b) Deutsche Rechtsprechung zum Ankündigungsrecht .....                        | 108        |
| c) Schweizerische Rechtsprechung zum nachträglichen Markieren ...             | 109        |
| d) Täuschung des Publikum über einheitlich verantworteten Ur-<br>sprung ..... | 109        |
| 2. Markenrechtliche Konsequenzen .....                                        | 110        |
| 3. Praktische Bedeutung dieses Rechts .....                                   | 110        |
| III. Entfernen der Marke durch Dritte .....                                   | 111        |
| <br><b>2. KAP. Lauterkeitsrecht .....</b>                                     | <b>112</b> |
| <b>§ 11 Konkretisierung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel .....</b>   | <b>112</b> |
| A Anwendungsbereich und Schutzobjekt des UWG .....                            | 112        |
| I. Anwendungsbereich .....                                                    | 112        |
| 1. Anwendbarkeit auf jede Wettbewerbshandlung .....                           | 112        |
| 2. Wettbewerbsverhältnis nicht mehr Tatbestandselement .....                  | 112        |
| 3. Wettbewerbshandlungen öffentlicher Unternehmen .....                       | 113        |
| II. Schutzobjekt .....                                                        | 114        |
| 1. Generalklausel und Zweckartikel .....                                      | 114        |
| 2. Generalklausel und Spezialtatbestände .....                                | 115        |
| 3. Elemente der Generalklausel .....                                          | 115        |
| 4. Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben .....                       | 116        |
| 5. Kriterien innerhalb der Generalklausel .....                               | 116        |
| a) Lauterkeit .....                                                           | 116        |
| b) Unverfälschtheit .....                                                     | 117        |
| c) Funktionsfähigkeit .....                                                   | 117        |
| d) Wettbewerb .....                                                           | 117        |

|                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6. Treu und Glauben im Wettbewerb als konkretisierungsbedürftiges Rechtsprinzip ..... | 118 |
| III. Art der Konkretisierung von Treu und Glauben im Wettbewerb .....                 | 118 |
| 1. Rechtssatzmässige oder einzelfallbezogene Konkretisierung? .....                   | 118 |
| 2. Einzelfallbezogenheit des Lauterkeitsrechts .....                                  | 119 |
| 3. Konkretisierungsart und Schutzobjekt des UWG .....                                 | 119 |
| a) Unlauterkeit als Verletzung von generell-abstrakten Rechtsnormen .....             | 120 |
| b) Unlauterkeit als einzelfallbezogener Rechtsmissbrauch .....                        | 120 |
| 4. Funktionale Konkretisierungsart .....                                              | 121 |
| a) Funktionale Methode zwischen Individualisierung und Spezifizierung .....           | 121 |
| b) Einwand der Rechtsunsicherheit .....                                               | 122 |
| B Kriterien der Konkretisierung von Treu und Glauben im Wettbewerb .....              | 123 |
| I. Keine gesetzesnotwendigen Konkretisierungskriterien .....                          | 123 |
| II. Regeln der Geschäftsmoral .....                                                   | 123 |
| III. Leistungsprinzip .....                                                           | 124 |
| IV. Bezug auf die Wirtschaftsverfassung .....                                         | 124 |
| 1. Systematische Stellung des Lauterkeitsrechts .....                                 | 124 |
| 2. Wirtschaftsverfassung .....                                                        | 125 |
| a) Koordinationsmechanismen .....                                                     | 125 |
| b) Ordnungspolitische Grundsatzentscheide .....                                       | 125 |
| c) Wettbewerbsordnung .....                                                           | 126 |
| 3. Wirtschaftsrechtliche Ordnung .....                                                | 127 |
| a) Wirtschaftsverfassungsrechtliche Ordnung .....                                     | 127 |
| b) Allgemeines Wirtschaftsrecht .....                                                 | 127 |
| c) Wettbewerbsrechtliche Ordnung .....                                                | 128 |
| V. Funktionale Methode und Folgenorientierung .....                                   | 129 |
| 1. Berücksichtigung der Entscheidfolgen .....                                         | 129 |
| 2. Entscheidfolgen bei der Beurteilung des zweigleisigen Vertriebs .....              | 130 |
| VI. Bezug auf ökonomische Theorien .....                                              | 130 |
| 1. Ökonomische Theorien als Erfahrungssätze .....                                     | 130 |
| 2. Bewertung nach ökonomischen Zielen .....                                           | 131 |
| 3. Transformation der ökonomischen Theorien .....                                     | 131 |
| 4. Ziel der Uebernahme ökonomischer Begriffe und Theorien .....                       | 132 |
| VII. Machtbezogenheit als Konkretisierungskriterium? .....                            | 132 |
| 1. Wirtschaftspolitische Neutralität des Lauterkeitsrechts .....                      | 132 |
| 2. Macht als Grundlage für unlauteres Handeln .....                                   | 133 |
| VIII. Praktikabilität der funktionalen Methode .....                                  | 134 |
| C Wertungsgesichtspunkte für die Konkretisierung .....                                | 135 |
| I. Treu und Glauben im Wettbewerb .....                                               | 135 |

|                                                                                 |            |
|---------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1. Allgemeines .....                                                            | 135        |
| 2. Prinzip der berechtigten Verlässlichkeit .....                               | 135        |
| 3. Spezifisch wettbewerbliche Konkretisierung .....                             | 136        |
| II. Unverfälschter Wettbewerb .....                                             | 136        |
| 1. Wettbewerbszusammenhang als rechtliche Sonderverbindung .....                | 136        |
| 2. Rechtlich relevante Sonderverbindung .....                                   | 136        |
| 3. Wettbewerbsverfälschendes Handeln als Unlauterkeit .....                     | 137        |
| III. Täuschungsverbot .....                                                     | 138        |
| 1. Täuschung als dysfunktionale Wettbewerbshandlung .....                       | 138        |
| 2. Täuschung als Verletzung eines moralischen Gebots .....                      | 138        |
| IV. Sitte und Verkehrsanschauung .....                                          | 139        |
| <b>§ 12 Lauterkeitsrechtliche Beurteilung .....</b>                             | <b>140</b> |
| A Allgemeine Unlauterkeit .....                                                 | 140        |
| I. Konsumentenbezogene Unlauterkeit .....                                       | 140        |
| 1. Charakteristik .....                                                         | 140        |
| 2. Bedeutung .....                                                              | 141        |
| a) Ausrichtung an unterschiedlichen Konsumentenpräferenzen .....                | 141        |
| b) Handlungsspielraum und Missbrauchspotential .....                            | 141        |
| c) Geringe Bedeutung in Lehre und Rechtsprechung .....                          | 142        |
| II. Konkurrentenbezogene Unlauterkeit .....                                     | 142        |
| III. Fallgruppen .....                                                          | 142        |
| 1. Konsumentenbezogener dysfunktionaler zweigleisiger Vertrieb .....            | 142        |
| 2. Konkurrentenbezogener dysfunktionaler zweigleisiger Vertrieb .....           | 143        |
| B Unlauterkeit durch Täuschung .....                                            | 143        |
| I. Täuschung und Verletzung einer Verkehrsanschauung .....                      | 143        |
| 1. Zusammenhang zwischen Täuschung und Verkehrsanschauung .....                 | 143        |
| a) Richtigkeitsvorstellung .....                                                | 144        |
| b) Verhaltensbestimmende Erwartung .....                                        | 144        |
| 2. Spontane Reaktionen von Konsumenten und Anbietern .....                      | 145        |
| 3. Konsumentenbefragung zur Bestimmung der Verkehrsanschauung ....              | 145        |
| 4. Infratest-Umfrage .....                                                      | 146        |
| a) Ergebnisse .....                                                             | 146        |
| b) Folgerungen .....                                                            | 147        |
| c) Relativer Wert der Ergebnisse .....                                          | 147        |
| 5. Bedeutung der Umfrageergebnisse für das Lauterkeitsrecht .....               | 147        |
| a) Uebertragbarkeit der Umfrageergebnisse auf Schweizer Ver-<br>hältnisse ..... | 147        |
| b) Funktionale Ueberprüfung der Ergebnisse .....                                | 148        |
| II. Täuschung durch Verletzung einer berechtigten Erwartung .....               | 148        |
| 1. Prinzip .....                                                                | 148        |
| 2. Historische Entwicklung der Konsumentenerwartung .....                       | 149        |



|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| a) In Deutschland .....                                                   | 149 |
| b) In der Schweiz .....                                                   | 150 |
| 3. Gelockerte Produktppräferenzen und handelsbestimmtes Preisniveau ...   | 151 |
| 4. Berechtigtes Vertrauen im Einzelfall .....                             | 152 |
| a) Preisbindungssystem .....                                              | 152 |
| b) Tiefpreiszusichernde Werbung .....                                     | 154 |
| c) Innerhalb eines bestimmten räumlichen Bereichs .....                   | 155 |
| d) Preisliste .....                                                       | 156 |
| e) Markenartikel .....                                                    | 157 |
| f) Offener oder verdeckter zweigleisiger Vertrieb .....                   | 157 |
| III. Täuschung bezüglich einzelproduktbezogener Eigenschaften .....       | 158 |
| 1. Allgemeines .....                                                      | 158 |
| 2. Täuschung bezüglich verschiedener Eigenschaften .....                  | 158 |
| 3. Täuschung bezüglich spezifischer Vorteile der Eingleisigkeit .....     | 159 |
| a) Verminderung des wahrgenommenen Risikos .....                          | 159 |
| b) Werbliche Einzigartigkeitszusicherung .....                            | 160 |
| c) Markenartikel und Einzigartigkeit .....                                | 160 |
| 4. Folgerung .....                                                        | 161 |
| IV. Täuschung bezüglich der Basisproduktidentität .....                   | 161 |
| 1. Interesse an der kostengünstigen Bedarfsdeckung .....                  | 161 |
| 2. Unterschiedliche Zusatzleistungen der Produktvarianten .....           | 162 |
| a) Differenz der wahrgenommenen Produkteigenschaften .....                | 162 |
| b) Image-Differenz .....                                                  | 162 |
| c) Folgerung .....                                                        | 163 |
| 3. Produktvarianten ohne Zusatzleistungsdifferenz .....                   | 164 |
| a) Prinzip .....                                                          | 164 |
| b) Ausnahme: Sortiment als Gesamtleistung .....                           | 164 |
| c) Folgerung .....                                                        | 165 |
| C Andere Unlauterkeitsgründe .....                                        | 166 |
| I. Ausnutzen vorbestehender unterschiedlicher Produkteinschätzungen ..... | 166 |
| 1. Vortäuschen von Wettbewerb .....                                       | 166 |
| 2. Vortäuschen einer renommierten Herkunft .....                          | 167 |
| 3. Nachträgliches Entfernen der Marke .....                               | 167 |
| II. Unlauterkeit durch Senkung der Markttransparenz .....                 | 168 |
| 1. Zweigleisiger Vertrieb als Senkung der Markttransparenz .....          | 168 |
| 2. Funktional positiv bewertete Fälle .....                               | 169 |
| 3. Funktional negativ bewertete Fälle .....                               | 169 |
| D Konkurrentenbezogene Unlauterkeit .....                                 | 170 |
| I. Verletzung einer Verkehrsanschauung .....                              | 170 |
| 1. Keine einheitliche Verkehrsanschauung unter Anbietern .....            | 170 |
| 2. Priorität der funktionalen Beurteilung .....                           | 170 |

|                                                                        |            |
|------------------------------------------------------------------------|------------|
| II. Unlauteres Schmarotzen .....                                       | 171        |
| III. Täuschung der Mitbewerber .....                                   | 171        |
| IV. Behinderung .....                                                  | 171        |
| 1. Prinzipiell keine direkte Behinderung .....                         | 171        |
| 2. Ausnahmsweise direkte Behinderung .....                             | 172        |
| V. Spezialfälle der unlauteren Behinderung .....                       | 172        |
| 1. Beseitigen der Marke .....                                          | 172        |
| 2. Ankündigung einer "fremden" Marke .....                             | 173        |
| a) Allgemeines .....                                                   | 173        |
| b) Korrektur eines unlauteren zweigleisigen Vertriebs .....            | 175        |
| c) Als Behinderung oder Vorkehr .....                                  | 175        |
| E Exkurs: Fragen der Rechtsanwendung .....                             | 176        |
| I. Gründe für das Fehlen einer Rechtsprechung .....                    | 176        |
| 1. Unwahrscheinlichkeit einer zivilprozessualen Beurteilung .....      | 176        |
| 2. Unwahrscheinlichkeit einer verwaltungsrechtlichen Beurteilung ..... | 177        |
| II. Deklarationspflicht als Entscheidvariante .....                    | 178        |
| 1. Zusätzliche Entscheidvarianten .....                                | 178        |
| 2. Angestrebte Ziele .....                                             | 178        |
| 3. Tatsächliche Wirkungslosigkeit .....                                | 179        |
| 4. Probleme der Informationsnutzung und -verarbeitung .....            | 179        |
| 5. Reaktionen der Nachfrager und Konkurrenten .....                    | 180        |
| 6. Konflikt mit den Funktionen der Marke .....                         | 180        |
| 7. Folgerung .....                                                     | 180        |
| III. Fehlen eines Verantwortlichen .....                               | 181        |
| <br><b>3. KAP. Schuldrecht .....</b>                                   | <b>182</b> |
| <b>§ 13 Zweigleisiger Vertrieb und Schuldrecht .....</b>               | <b>182</b> |
| A Vertragsnichtigkeit .....                                            | 182        |
| I. Zusammenhang zwischen Nichtigkeit und Unlauterkeit .....            | 182        |
| 1. Schluss von der Unlauterkeit auf die Vertragsnichtigkeit .....      | 182        |
| 2. Unterschiedliche Konkretisierung der "guten Sitten" .....           | 183        |
| 3. Widerrechtlichkeit von Vertragsanbahnung und Vertrag .....          | 183        |
| II. Nichtigkeit wegen Aequivalenzstörung .....                         | 184        |
| B Einseitige Unverbindlichkeit .....                                   | 185        |
| I. Uebervorteilung .....                                               | 185        |
| 1. Objektive Voraussetzung .....                                       | 185        |
| 2. Subjektive Voraussetzungen .....                                    | 186        |
| 3. Folgerung .....                                                     | 186        |
| II. Irrtum .....                                                       | 187        |
| 1. Erklärungsirrtum .....                                              | 187        |

|                                                                         |         |
|-------------------------------------------------------------------------|---------|
| 2. Motivirrtum .....                                                    | 187     |
| 3. Grundlagenirrtum .....                                               | 188     |
| a) Subjektive Wesentlichkeit .....                                      | 188     |
| b) Erkennbarkeit .....                                                  | 188     |
| c) Objektive Wesentlichkeit .....                                       | 188     |
| d) Folgerung .....                                                      | 190     |
| C Verletzung vorvertraglicher Pflichten .....                           | 190     |
| I. Aufklärungspflicht nach Treu und Glauben .....                       | 190     |
| 1. Allgemeines .....                                                    | 190     |
| 2. Vertragsverhandlungsverhältnis als rechtliche Sonderverbindung ..... | 191     |
| II. Konkretisierung der Aufklärungspflicht .....                        | 192     |
| 1. Vertragstypus und Umstände des Vertragsschlusses .....               | 192     |
| 2. Fallgruppen .....                                                    | 193     |
| a) Preis- und imagebewusste Käufer .....                                | 193     |
| b) Sorgfältig abwägende Käufer .....                                    | 194     |
| 3. Fazit .....                                                          | 195     |
| III. Verletzung anderer vorvertraglicher Pflichten .....                | 195     |
| 1. Durch den Anbieter geschaffenes Vertrauen .....                      | 195     |
| 2. Vortäuschen von Konkurrenzangeboten .....                            | 196     |
| IV. Rechtsfolgen .....                                                  | 196     |
| 1. Bei absichtlicher Täuschung .....                                    | 196     |
| 2. Bei Culpa in contrahendo .....                                       | 197     |
| D Vertragsverletzung .....                                              | 198     |
| I. Kaufvertrag .....                                                    | 198     |
| 1. Verhältnis von vertraglichen und vorvertraglichen Ansprüchen .....   | 198     |
| 2. Zweigleisiger Vertrieb als Sachmangel .....                          | 199     |
| 3. Arglistig verschwiegene Zweigleisigkeit .....                        | 200     |
| 4. Zweigleisiger Vertrieb als positive Vertragsverletzung .....         | 200     |
| II. Beratungsvertrag .....                                              | 201     |
| III. Alleinvertriebsvertrag .....                                       | 201     |
| <br>4. TEIL Juristische Betrachtung II: Mit Machtbezug .....            | <br>203 |
| <br>1. KAP. Einstufiger Markt .....                                     | <br>203 |
| § 14 Zweigleisiger Vertrieb und Kartellrecht .....                      | 203     |
| A Allgemeines .....                                                     | 203     |
| I. Kartellrechtliche Relevanz des zweigleisigen Vertriebs .....         | 203     |
| II. Geltungsbereich des KG .....                                        | 204     |
| 1. Sachlicher Geltungsbereich .....                                     | 204     |
| 2. Persönlicher Geltungsbereich .....                                   | 204     |

|                                                                          |            |
|--------------------------------------------------------------------------|------------|
| a) Macht .....                                                           | 204        |
| b) Marktmacht .....                                                      | 204        |
| c) Qualifizierte Marktmacht .....                                        | 205        |
| d) Eignung oder tatsächliche Beherrschung? .....                         | 206        |
| III. Anwendungsbereich des KG .....                                      | 206        |
| 1. Privates Kartellrecht .....                                           | 206        |
| 2. Öffentliches Kartellrecht .....                                       | 208        |
| B Kartellzivilrechtliche Beurteilung .....                               | 209        |
| I. Zweigleisiger Vertrieb im Geltungsbereich des KG .....                | 209        |
| 1. Zweigleisiger Vertrieb kein Machtindiz .....                          | 209        |
| 2. Kartell .....                                                         | 209        |
| 3. Kartellähnliche Organisation .....                                    | 210        |
| II. Zweigleisiger Vertrieb im Anwendungsbereich des KG .....             | 210        |
| 1. Zweigleisiger Vertrieb als Machtmissbrauch .....                      | 210        |
| 2. Vorkehr als freiheitsbeschränkender Machtmissbrauch .....             | 211        |
| 3. Erheblichkeit .....                                                   | 211        |
| 4. Erhebliche Behinderung mit sachlich gerechtfertigtem Grund .....      | 212        |
| III. Fallgruppen des kartellrechtswidrigen zweigleisigen Vertriebs ..... | 213        |
| 1. Konkurrentenbezogene Behinderung (Behinderungsmissbrauch) .....       | 213        |
| a) Aus sachlich gerechtfertigten Gründen .....                           | 213        |
| b) Als Vorkehr .....                                                     | 214        |
| 2. Ausbeutung der Konsumenten (Ausbeutungsmissbrauch) .....              | 214        |
| C Kartellverwaltungsrechtliche Beurteilung .....                         | 215        |
| I. Vorbemerkungen .....                                                  | 215        |
| II. Untersuchungsmethode der Kartellkommission .....                     | 215        |
| 1. Saldierung der volkswirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen .....  | 215        |
| 2. Verhinderung von wirksamem Wettbewerb .....                           | 216        |
| III. Mögliche Auswirkungen .....                                         | 216        |
| 1. Positive Auswirkungen .....                                           | 216        |
| 2. Negative Auswirkungen .....                                           | 217        |
| 3. Zweigleisiger Vertrieb durch Kartellmitglied .....                    | 217        |
| a) Zweigleisiger Vertrieb aufgrund der Kartellbindung .....              | 217        |
| b) Zweigleisiger Vertrieb als Bruch der Kartellbindung .....             | 218        |
| 4. Zweigleisiger Vertrieb durch kartellähnliche Organisation .....       | 218        |
| IV. Zweigleisiger Vertrieb als Indiz für Preismissbrauch? .....          | 219        |
| 1. Fragestellung .....                                                   | 219        |
| 2. Preisüberwachung durch Kartellkommission? .....                       | 219        |
| <b>§ 15 Preisüberwachungsgesetz .....</b>                                | <b>220</b> |
| A Preisüberwachungsgesetz vom 1. Juli 1986 (PüG) .....                   | 220        |
| I. Geltungs- und Anwendungsbereich .....                                 | 220        |
| 1. Allgemeines .....                                                     | 220        |

|                                                                                         |                |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----------------|
| 2. Wirksamer Wettbewerb als Begriff des PüG .....                                       | 221            |
| <b>II. Preismissbrauch .....</b>                                                        | <b>221</b>     |
| B Beurteilung des zweigleisigen Vertriebs gemäss dem Preisüberwa-<br>chungsgesetz ..... | 222            |
| I. Anwendungsbereich .....                                                              | 222            |
| 1. "Ergebnis wirksamen Wettbewerbs" .....                                               | 222            |
| 2. "Vergleichbare preisgünstigere Angebote" .....                                       | 222            |
| <b>II. Zweigleisigkeit als Indiz für Preismissbrauch? .....</b>                         | <b>223</b>     |
| 1. Ueberwachung des Preises eines Produkts .....                                        | 223            |
| 2. Kostenprinzip .....                                                                  | 223            |
| 3. Als-ob-Wettbewerbspreis und Vergleichsmarktkonzept .....                             | 224            |
| a) Markt der zweiten Variante als Vergleichsmarkt .....                                 | 224            |
| b) Unterschiedliche preisbestimmende Faktoren .....                                     | 225            |
| c) Verfälschter Wettbewerb auf dem Vergleichsmarkt .....                                | 225            |
| d) Zusatzleistungsdifferenz .....                                                       | 226            |
| 4. Gründe für das Absehen von einem Preisvergleich .....                                | 226            |
| 5. Fazit .....                                                                          | 226            |
| <br><b>2. KAP. Zweistufiger Markt .....</b>                                             | <br><b>228</b> |
| <b>§ 16 Zweigleisiger Vertrieb und Angebotsmacht .....</b>                              | <b>228</b>     |
| A Allgemeines .....                                                                     | 228            |
| I. Zwei- oder mehrstufiger Markt .....                                                  | 228            |
| 1. Begriff des zwei- oder mehrstufigen Markts .....                                     | 228            |
| 2. Zweigleisiger Vertrieb auf dem mehrstufigen Markt .....                              | 228            |
| II. Vorgehen .....                                                                      | 229            |
| B Zweigleisiger Vertrieb und Missbrauch der Angebotsmacht .....                         | 229            |
| I. Allgemeines .....                                                                    | 229            |
| II. Legitime Geschäftsinteressen .....                                                  | 230            |
| 1. Unterschiedliche Konsumentenpräferenzen .....                                        | 230            |
| 2. Andere legitime Geschäftsinteressen .....                                            | 230            |
| III. Zweigleisiger Vertrieb als Ausbeutung und Behinderung .....                        | 231            |
| 1. Behinderung .....                                                                    | 232            |
| 2. Direkte Ausbeutung der Abnehmer .....                                                | 232            |
| 3. Indirekte Ausbeutung oder Diskriminierung .....                                      | 232            |
| IV. Entscheidfolgen .....                                                               | 232            |
| C Einzelne Absatzsituationen .....                                                      | 234            |
| I. Fallgruppen der Vertriebswegdifferenzierung .....                                    | 234            |
| 1. Allgemeines .....                                                                    | 234            |
| 2. Zweigleisiger Vertrieb und vertikale Wettbewerbsbeschränkung .....                   | 234            |
| a) Selektives, zweigleisiges Vertriebssystem .....                                      | 234            |



|                                                                          |            |
|--------------------------------------------------------------------------|------------|
| a) Macht .....                                                           | 204        |
| b) Marktmacht .....                                                      | 204        |
| c) Qualifizierte Marktmacht .....                                        | 205        |
| d) Eignung oder tatsächliche Beherrschung? .....                         | 206        |
| III. Anwendungsbereich des KG .....                                      | 206        |
| 1. Privates Kartellrecht .....                                           | 206        |
| 2. Öffentliches Kartellrecht .....                                       | 208        |
| B Kartellzivilrechtliche Beurteilung .....                               | 209        |
| I. Zweigleisiger Vertrieb im Geltungsbereich des KG .....                | 209        |
| 1. Zweigleisiger Vertrieb kein Machtindiz .....                          | 209        |
| 2. Kartell .....                                                         | 209        |
| 3. Kartellähnliche Organisation .....                                    | 210        |
| II. Zweigleisiger Vertrieb im Anwendungsbereich des KG .....             | 210        |
| 1. Zweigleisiger Vertrieb als Machtmissbrauch .....                      | 210        |
| 2. Vorkehr als freiheitsbeschränkender Machtmissbrauch .....             | 211        |
| 3. Erheblichkeit .....                                                   | 211        |
| 4. Erhebliche Behinderung mit sachlich gerechtfertigtem Grund .....      | 212        |
| III. Fallgruppen des kartellrechtswidrigen zweigleisigen Vertriebs ..... | 213        |
| 1. Konkurrentenbezogene Behinderung (Behinderungsmissbrauch) .....       | 213        |
| a) Aus sachlich gerechtfertigten Gründen .....                           | 213        |
| b) Als Vorkehr .....                                                     | 214        |
| 2. Ausbeutung der Konsumenten (Ausbeutungsmissbrauch) .....              | 214        |
| C Kartellverwaltungsrechtliche Beurteilung .....                         | 215        |
| I. Vorbemerkungen .....                                                  | 215        |
| II. Untersuchungsmethode der Kartellkommission .....                     | 215        |
| 1. Saldierung der volkswirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen .....  | 215        |
| 2. Verhinderung von wirksamem Wettbewerb .....                           | 216        |
| III. Mögliche Auswirkungen .....                                         | 216        |
| 1. Positive Auswirkungen .....                                           | 216        |
| 2. Negative Auswirkungen .....                                           | 217        |
| 3. Zweigleisiger Vertrieb durch Kartellmitglied .....                    | 217        |
| a) Zweigleisiger Vertrieb aufgrund der Kartellbindung .....              | 217        |
| b) Zweigleisiger Vertrieb als Bruch der Kartellbindung .....             | 218        |
| 4. Zweigleisiger Vertrieb durch kartellähnliche Organisation .....       | 218        |
| IV. Zweigleisiger Vertrieb als Indiz für Preismissbrauch? .....          | 219        |
| 1. Fragestellung .....                                                   | 219        |
| 2. Preisüberwachung durch Kartellkommission? .....                       | 219        |
| <b>§ 15 Preisüberwachungsgesetz .....</b>                                | <b>220</b> |
| A Preisüberwachungsgesetz vom 1. Juli 1986 (PüG) .....                   | 220        |
| I. Geltungs- und Anwendungsbereich .....                                 | 220        |
| 1. Allgemeines .....                                                     | 220        |

|                                                                                         |                |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----------------|
| 2. Wirksamer Wettbewerb als Begriff des PüG .....                                       | 221            |
| <b>II. Preismissbrauch .....</b>                                                        | <b>221</b>     |
| B Beurteilung des zweigleisigen Vertriebs gemäss dem Preisüberwa-<br>chungsgesetz ..... | 222            |
| <b>I. Anwendungsbereich .....</b>                                                       | <b>222</b>     |
| 1. "Ergebnis wirksamen Wettbewerbs" .....                                               | 222            |
| 2. "Vergleichbare preisgünstigere Angebote" .....                                       | 222            |
| <b>II. Zweigleisigkeit als Indiz für Preismissbrauch? .....</b>                         | <b>223</b>     |
| 1. Ueberwachung des Preises eines Produkts .....                                        | 223            |
| 2. Kostenprinzip .....                                                                  | 223            |
| 3. Als-ob-Wettbewerbspreis und Vergleichsmarktkonzept .....                             | 224            |
| a) Markt der zweiten Variante als Vergleichsmarkt .....                                 | 224            |
| b) Unterschiedliche preisbestimmende Faktoren .....                                     | 225            |
| c) Verfälschter Wettbewerb auf dem Vergleichsmarkt .....                                | 225            |
| d) Zusatzleistungsdifferenz .....                                                       | 226            |
| 4. Gründe für das Absehen von einem Preisvergleich .....                                | 226            |
| 5. Fazit .....                                                                          | 226            |
| <br><b>2. KAP. Zweistufiger Markt .....</b>                                             | <br><b>228</b> |
| <b>§ 16 Zweigleisiger Vertrieb und Angebotsmacht .....</b>                              | <b>228</b>     |
| A Allgemeines .....                                                                     | 228            |
| <b>I. Zwei- oder mehrstufiger Markt .....</b>                                           | <b>228</b>     |
| 1. Begriff des zwei- oder mehrstufigen Markts .....                                     | 228            |
| 2. Zweigleisiger Vertrieb auf dem mehrstufigen Markt .....                              | 228            |
| <b>II. Vorgehen .....</b>                                                               | <b>229</b>     |
| B Zweigleisiger Vertrieb und Missbrauch der Angebotsmacht .....                         | 229            |
| <b>I. Allgemeines .....</b>                                                             | <b>229</b>     |
| <b>II. Legitime Geschäftsinteressen .....</b>                                           | <b>230</b>     |
| 1. Unterschiedliche Konsumentenpräferenzen .....                                        | 230            |
| 2. Andere legitime Geschäftsinteressen .....                                            | 230            |
| <b>III. Zweigleisiger Vertrieb als Ausbeutung und Behinderung .....</b>                 | <b>231</b>     |
| 1. Behinderung .....                                                                    | 232            |
| 2. Direkte Ausbeutung der Abnehmer .....                                                | 232            |
| 3. Indirekte Ausbeutung oder Diskriminierung .....                                      | 232            |
| <b>IV. Entscheidfolgen .....</b>                                                        | <b>232</b>     |
| <b>C Einzelne Absatzsituationen .....</b>                                               | <b>234</b>     |
| <b>I. Fallgruppen der Vertriebswegdifferenzierung .....</b>                             | <b>234</b>     |
| 1. Allgemeines .....                                                                    | 234            |
| 2. Zweigleisiger Vertrieb und vertikale Wettbewerbsbeschränkung .....                   | 234            |
| a) Selektives, zweigleisiges Vertriebssystem .....                                      | 234            |

|                                                                                    |            |
|------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| b) Inhalt vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen . . . . .                           | 234        |
| c) Selektives zweigleisiges Vertriebssystem und Marktmacht . . . . .               | 235        |
| d) Zweigleisiges, selektives Vertriebssystem als Vorkehr . . . . .                 | 235        |
| e) Zweigleisiger Vertrieb als Verletzung der Beschränkungsabrede . . . . .         | 236        |
| 3. Sekundäre Vertriebswegdifferenzierung . . . . .                                 | 236        |
| II. Zweigleisiger Vertrieb als Preisdiskriminierung . . . . .                      | 237        |
| 1. Allgemeines . . . . .                                                           | 237        |
| 2. Legitime Geschäftsinteressen . . . . .                                          | 238        |
| 3. Vorkehr . . . . .                                                               | 238        |
| 4. Entscheidfolgen . . . . .                                                       | 238        |
| III. Zweigleisiger Vertrieb als partielle Geschäftsverweigerung . . . . .          | 239        |
| IV. Exkurs: Diskriminierungsverbot des amerikanischen Rechts . . . . .             | 240        |
| V. Ungleichbehandlung und vertikale Integration . . . . .                          | 241        |
| VI. Produktionsrationalisierender zweigleisiger Vertrieb . . . . .                 | 242        |
| <b>§ 17 Zweigleisiger Vertrieb zwischen Angebots- und Nachfragemacht . . . . .</b> | <b>242</b> |
| A Vorbemerkungen . . . . .                                                         | 242        |
| I. Nachfragewettbewerb . . . . .                                                   | 242        |
| II. Begriff der Nachfragemacht . . . . .                                           | 243        |
| 1. Nachfragemachtdefinition der Kartellkommission . . . . .                        | 243        |
| 2. Strukturelle Marktungleichgewichte und "reflexhafte" Marktmacht . . . . .       | 244        |
| 3. Marktstrukturen mit einzelnen marktmächtigen Nachfragern . . . . .              | 245        |
| 4. Folgerungen . . . . .                                                           | 245        |
| B Zweigleisiger Vertrieb und Nachfragemacht . . . . .                              | 246        |
| I. Eingrenzung des relevanten Markts . . . . .                                     | 246        |
| 1. Programmelastizität . . . . .                                                   | 246        |
| 2. Beschaffungs- und Vertriebselastizität . . . . .                                | 247        |
| 3. Folgerungen . . . . .                                                           | 247        |
| II. Marke und Macht . . . . .                                                      | 248        |
| 1. Markenartikel . . . . .                                                         | 248        |
| 2. Vorteile des zweigleisigen Vertriebs . . . . .                                  | 248        |
| 3. Zweit- oder Handelsmarken . . . . .                                             | 248        |
| 4. Handelsmarken . . . . .                                                         | 249        |
| a) Vorteile und Nachteile der Handelsmarke für den Absatzmittler . . . . .         | 249        |
| b) Vorteile und Nachteile der Handelsmarke für den Hersteller . . . . .            | 250        |
| c) Folgerungen . . . . .                                                           | 250        |
| III. Der zweigleisige Vertrieb zwischen Anbieter und Nachfrager . . . . .          | 251        |
| 1. Herstellermarkenartikel mit hoher Attraktionskraft . . . . .                    | 251        |
| 2. Herstellermarkenartikel mit geringer Attraktionskraft . . . . .                 | 252        |
| C Zweigleisiger Vertrieb als Ausbeutung und Behinderung von Anbietern . . . . .    | 252        |
| I. Einzelvariantenbezogener Nachfragemachtmissbrauch . . . . .                     | 252        |
| II. Zweigleisiger Vertrieb und zweistufige Preisdiskriminierung . . . . .          | 253        |

|                                                                 |            |
|-----------------------------------------------------------------|------------|
| 1. Behinderung von Nachfragern durch Konkurrenten .....         | 253        |
| 2. Behinderung der Zulieferer durch Bindung der Abnehmer .....  | 254        |
| <b>§ 18 Anhang: Schriftliche Befragung .....</b>                | <b>256</b> |
| A Allgemeines .....                                             | 256        |
| I. Ziel .....                                                   | 256        |
| II. Form .....                                                  | 256        |
| III. Stichprobenerhebung .....                                  | 256        |
| B Durchführung .....                                            | 257        |
| I. Versand der Fragebogen .....                                 | 257        |
| II. Rücklauf .....                                              | 257        |
| III. Auswertung .....                                           | 258        |
| C Ergebnisse .....                                              | 258        |
| I. Zweigleisiger Vertrieb: Ja oder Nein. ....                   | 258        |
| 1. Generelle Häufigkeit .....                                   | 258        |
| 2. Häufigkeit nach Branchenzugehörigkeit .....                  | 258        |
| 3. Häufigkeit nach PROMARCA-Zugehörigkeit .....                 | 259        |
| 4. Häufigkeit nach Umsatz .....                                 | 259        |
| II. Antworten der zweigleisig vertreibenden Unternehmen .....   | 259        |
| 1. Form des zweigleisigen Vertriebs .....                       | 259        |
| 2. Gründe für den zweigleisigen Vertrieb .....                  | 259        |
| a) Häufigkeit der Nennung der Gründe .....                      | 259        |
| b) Wichtigkeit der Gründe .....                                 | 260        |
| 3. Mehrgleisiger Vertrieb .....                                 | 260        |
| 4. Qualitätsunterschiede .....                                  | 260        |
| 5. Umsatzanteile .....                                          | 260        |
| a) Umsatzanteil mit Handelsmarken .....                         | 260        |
| b) Umsatzanteil mit Zweitmarken .....                           | 261        |
| c) Umsatzanteil mit Exklusivmarken für ein bestimmtes .....     | 261        |
| d) Umsatzanteil mit Gattungsware .....                          | 261        |
| III. Antworten der nicht zweigleisig Vertreibenden .....        | 261        |
| IV. Veränderungen des Anteils des zweigleisigen Vertriebs ..... | 262        |





## LITERATURVERZEICHNIS

Weitere Literaturangaben finden sich in den Fussnoten.

- Aeberhard, Kurt:** Der Preissmissbrauch im schweizerischen Kartellrecht. Berner Beiträge zur Nationalökonomie Bd.36, Diss Bern 1979.
- Angehrn, Otto:** Handelsmarken und Herstellermarken im Wettbewerb, Stuttgart 1969.
- ders.:** Markenpolitik, in: Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Hsg. Bruno Tietz, Stuttgart 1974, Sp.1227-1233.
- Areeda, Phillip:** Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, 2nd.ed., Boston/Toronto 1974.
- Arndt, Helmut:** Marktmacht auf der Nachfragerseite, WuW 1972 S.84-92.
- ders.:** Markt und Macht, Tübingen 1973.
- ders.:** Macht und Wettbewerb, in: Helmut Cox, Uwe Jens, Kurt Markert, Handbuch des Wettbewerbs: Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik, Wettbewerbsrecht, München 1981, S.49-78.
- ders.:** Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft, Berlin 1952, daraus: Wettbewerb der Nachahmer und schöpferischer Wettbewerb, in: Wettbewerbstheorie, Hsg. K.Herdzina, S.246-268.
- Ascarelli, Tullio:** Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, 3. ed., Milano 1960.
- Assmann, Heinz-Dieter:** Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die ökonomische Analyse des Rechts, in: Assmann, Heinz-Dieter / Kirchner, Christian / Schanze E.: Ökonomische Analyse des Rechts, Königstein i.Ts. 1978, S.25ff.
- Auer, Beat:** Markenartikel ohne Preisbindung, Wirtschaftspolitische Mitteilungen Zürich, XXIII Nr.4 (April 1967).
- Bain, Joe S.:** Industrial Organization, 2nd.ed., New York u.a.O., 1968.
- Ballerstedt, Kurt:** Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen? in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70.Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S.179-198.
- Balz, Manfred:** Paradigmenwechsel im Warenzeichenrecht? Zu einigen Grundsatzproblemen der Europamarke, RabelsZ 45 (1981) S. 317-332.
- Barbey, Bertrand:** Zur Anwendung der Preisüberwachung auf "kartellähnliche Gebilde", Gedanken zum Geltungsbereich des Artikel 31septies BV, RSDIC Nr. 19, 1983, S.23-34.
- Bartling, Hartwig:** Leitbilder der Wettbewerbspolitik, München 1980.
- Baudenbacher, Carl:** Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Diss Bern, Zürich 1978.
- ders.:** Probleme der Rechtsverfolgung im schweizerischen Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int. 1980, S.345-350.
- ders.:** Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art.1 des schweizerischen UWG, ZHR 144 (1980) S.145-170.
- ders.:** Die Revision des schweizerischen UWG, Bemerkungen zum Entwurf der Expertenkommission, GRUR Int. 1981, S.162-169.
- ders.:** Machtbedingte Wettbewerbsstörungen als Unlauterkeitstatbestände, GRUR 1981, S.19ff.
- ders.:** Der Zivilprozessrecht als Mittel der Wirtschafts- und Sozialpolitik, ZSR NF 102 (1983) I, S.161-186.

- Baumbach Adolf, Wolfgang Hefermehl:** Wettbewerbsrecht, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, 14.A., München 1983.
- dies.:** Warenzeichenrecht und Internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht, 12.A, München 1985.
- Baumol, William J., John C.Panzar, Robert D.Willig:** Contestable Markets and The Theory of Industry Structure, with contributions by Elizabeth E.Bailey, Dietrich Fischer, Herman C.Quirnbach, New York u.a.O. 1982.
- Baur, Jürgen F.:** Der relevante Markt - eine durchaus notwendige Figur des Rechts der Zusammenschlusskontrolle, in: Recht und Wirtschaft heute, FS zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S.293-309.
- Beier, Friedrich-Karl:** Die Funktionen der Marke, In: FS Kamosihe Nakamutsu, AIPPI-Journal of the Japanese Group (1976), S.137-157, wiederabgedruckt in: Markenrechtliche Abhandlungen, Beiträge zur neueren Entwicklung des Warenzeichen-, Ausstattungs- und Herkunftsschutzes, 1956-1985, S.225-236.
- dies.:** Grenzen der Erschöpfungslehre im Markenrecht, Zur Beurteilung des Vertriebs umgepackter und neu gekennzeichnete Originalware in den Ländern der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GRUR Int. 1978, S.263-276, wiederabgedruckt in: Markenrechtliche Abhandlungen, Beiträge zur neueren Entwicklung des Warenzeichen-, Ausstattungs- und Herkunftsschutzes, 1956-1985, S.279-315.
- Beier, Friedrich-Karl, Ulrich Krieger:** Wirtschaftliche Bedeutung, Funktion und Zweck der Marke, GRUR Int. 1976, S. 125-128.
- Bener-Wittwer, Elisabeth:** Le caractère du droit de marque et les importations parallèles, thèse Neuchâtel, Berne 1970.
- Benisch, Werner:** Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, begründet von Hans Müller-Henneberg und Gustav Schwartz, Hsg. von Werner Benisch, 4. A., 2.Lieferung, Köln/Berlin/Bonn/München 1981.
- Bergau, M.:** Zweigleisiger Vertrieb und unlauterer Wettbewerb, Diss München 1970.
- Bericht der deutschen Landesgruppe** für den Kongress der Internationalen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz AIPPI, GRUR 1983, S.98ff.
- Bernitz, Ulf:** Brand Differentiation between identical products, An analysis from a consumer law viewpoint, Zeitschrift für Verbraucherpolitik/Journal of Consumer Policy 5 (1981) S.21-38.
- Blair, Roger D., and Yoram C.Peles:** Private brands and antitrust policy, 25 UCLA Law Review 1977, S.46-69.
- Bleicker, Ulrike:** Produktbeurteilung der Konsumenten, Eine psychologische Theorie der Informationsverarbeitung, Konsum und Verhalten, Bd. 5, Würzburg/Wien 1983.
- Blume, Otto, Gislinde Müller, Burkhardt Röper:** Werbung für Markenartikel - Auswirkungen auf Markttransparenz und Preise, Ergebnis eines Forschungsauftrags der Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel, Teil A und B, Göttingen 1976.
- Borchardt, Knut, Wolfgang Fikentscher:** Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbereich, Stuttgart 1957.
- Borck, Hans-Günther:** Ueber "geheime Handelsmarken" und Interessenabwägung bei irreführender Werbung, WRP 1967, S.258ff.

- Bolla, Plinio:** La proprietà industriale nel diritto privato svizzero degli ultimi cento anni, ZSR NF 71 (1952) I, Hundert Jahre schweizerisches Recht, Jubiläumsausgabe, S.351-374.
- Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG)** vom 13. Mai 1981.
- Botschaft zu einem Preisüberwachungsgesetz (PüG)** vom 30. Mai 1984. BBl. 1984 II S.781ff.
- Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)** vom 18. Mai 1983, BBl. 1983 II 1009ff.
- Brüggemeier, Gert:** Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, in: Heinz-Dieter Assmann, Gert Brüggemeier, Dieter Hart, Christian Joerges, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Beiträge zur Privat- und Wirtschaftsrechtstheorie, Königstein i.Ts. 1980.
- ders.:** Vorstudien zu einer Wettbewerbsrechtstheorie. Untersuchungen zu den theoretischen Grundlagen eines sozialen Ordnungskonzepts, Diss Frankfurt a.M. 1974.
- Bucher, Eugen:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979.
- von Büren, Bruno:** Aktuelle Fragen aus Wettbewerbs- und Markenrecht, SJZ 66 (1970), S.145-152.
- Bungeroth, Erhard:** Die Preisbindung bei Büchern und Schallplatten und der Vertrieb billiger Lizenzausgaben über Buch- und Schallplattengemeinschaften, in: FS Wolfgang Hefermehl, Stuttgart 1972, S.261-298.
- Burckhardt Walter,** Methode und System des Rechts, Zürich 1936.
- Burgbacher, Hans-Gerwin:** Warenzeichenlizenzverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt a.M. 1972.
- Canaris Claus-Wilhelm,** Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964.
- ders.:** Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2.A., Berlin 1983.
- Castelberg, Carlo von:** Grundlagen des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Diss Zürich 1948.
- Clark, John Maurice:** Towards a Concept of Workable Competition, AER 30 (1940), S.241-256., deutsch in: Wettbewerb und Monopol, Hsg. H.Barnikel, Darmstadt 1968, S.148-172, und in: Wettbewerbstheorie, Hsg. K.Herdzina, S.143-160.
- ders.:** Competition as a Dynamic Process, Washington D.C. 1961.
- David, Heinrich:** Kommentar zum schweizerischen MSchG, 3.A., Basel/Stuttgart 1974, mit einem Supplement, bearbeitet von Lucas David.
- Deschenaux, Henri:** Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II Hsg. Max Gutzwiller, Basel/Stuttgart 1967, S. 1-281.
- Dines, Paul:** Many Brands - Identical Products, Coop Consumers Nr. 4/1981, S. 12-13.
- Domizlaff, Hans:** Die Gewinnung des öffentlichen Vertrauens, Ein Lehrbuch der Markentechnik, 2.A., Hamburg 1951, S.51f., neu zusammengestellte Auflage 1982, S.98ff.
- Dreyer, Dominique J.E.:** La puissance d'achat en droit suisse de la concurrence, Freiburger Dissertation, Zürich 1981.
- Drolshammer, Jens J.:** Marktmächtige Unternehmen im Kartellgesetz, Zur Anordnung der "sinngemässen Anwendbarkeit" der für die Kartelle geltenden privatrechtlichen Bestimmungen auf "kartellähnliche Organisationen", Diss Zürich, Diessenhofen 1975.
- Druey, Jean Nicolas:** Interessenabwägung - eine Methode? in: Beiträge zur Methode des Rechts. St.Galler FG zum schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S.131-152.

- Ehmke, Horst:** Wirtschaft und Verfassung, Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, Berkeley-Kölner Rechtsstudien, Kölner Reihe, Bd.2, Karlsruhe 1961.
- Eichler, Gerd, Gerhard Scherhorn:** in: G. Scherhorn et al. (Hsg.), Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik, Göttingen 1975, S.2-29.
- Fikentscher, Wolfgang:** Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, 2. A., Heidelberg 1962.
- ders.:** Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, München/Berlin 1958.
- ders.:** Wirtschaftsrecht, Bd.II, Deutsches Wirtschaftsrecht, München 1983.
- Fischer, Willi:** Dritthaftung für falsche freiwillige Auskünfte, Eine rechtsvergleichende Untersuchung hinsichtlich der Haftungs begründung und -voraussetzungen anhand der deutschen und schweizerischen höchstrichterlichen Rechtsprechung, ZVRW 83 (1984) S.1-31.
- Franceschelli, Remo:** Trattato di diritto industriale, parte generale, vol. I, Milano 1960, vol.II, Milano 1961.
- ders.:** Sui marchi d'impresa, 2. ed., Milano 1969.
- Freund, Stefan:** Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, Ein bürgerlich rechtlicher Beitrag zum Verbraucherschutz unter Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts, Reihe Forschung und Entwicklung Bd.62, München 1983.
- Frost, Marina:** "Vorvertragliche" und "vertragliche" Schutzpflichten, Schriften zum Bürgerlichen Recht Bd. 63, Berlin 1981.
- Gamm, Otto Friedrich Frh. von:** Neuere Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht, WM 35 (1981) S.730ff.
- ders.:** Neuere Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht, WM Sonderbeilage Nr.6/1984.
- Gauch, Peter:** Die Verwendung "missbräuchlicher Geschäftsbedingungen"- Unlauterer Wettbewerb nach Art.8 des revidierten UWG.
- Gauch, Peter, Walter R. Schluep:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd I und II, 4. A, Zürich 1987.
- Gensch, Dennis H.:** Image-Measurement Segmentation, JoMR, 15 (August 1978), S.384-394.
- Geiger, Herbert:** Markenartikel und Verbraucher, in: Markenartikel heute, Wiesbaden 1978, S.231ff.
- Germann, Oscar Adolf:** Die Bona Fides als Grundlage des Wettbewerbsrechts, FG für August Simonius, Basel 1955, S. 71-89.
- ders.:** Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht auf der Grundlage des Entwurfs eines neuen Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb, in: ZbJV 72 (1936), S.49ff.
- ders.:** Concurrence déloyale, Unlauterer Wettbewerb, Concorrenza sleale, Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb mit Erläuterungen, Zürich 1945.
- ders.:** Zur Ueberwindung des Positivismus im schweizerischen Recht, ZSR NF 71 (1952) I, Jubiläumsgabe Hundert Jahre schweizerisches Recht, S.99ff.
- ders.:** Zum Verhältnis zwischen der Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes und seinen Spezialtatbeständen, in: FS Walther Hug zum 70. Geburtstag, Bern 1968, S. 207-225.
- Gerstenberger Heide, Bodo Vogt:** Macht und Dissens, Anmerkungen zu den Arbeiten von Michel Foucault, in: Leviathan 7 (1979) S.221-241.
- Giersch, Herbert:** Allgemeine Wettbewerbspolitik, Bd.I, Grundlagen, Wiesbaden 1961.



- Giger, Hans:** Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Art. 184 - 215 OR, 2. A., Bern 1980.
- Gonzenbach, Rainer:** Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1987.
- Gutenberg, Erich:** Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 2. Bd., Der Absatz, 12.A., Berlin 1970.
- Goll, Dieter:** Psychologische Betrachtungen zum Markenartikel, Markenartikel 1980, S.534-545.
- Graffenried, Rudolf von:** Grundlagen und gegenseitiges Verhältnis der Normen des gewerblichen Rechtsschutzes, Diss Bern 1952.
- Gygi, Fritz:** Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, 2.A., Bern 1978.
- ders.:** Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981.
- ders.:** Wirtschaftspolitik als Begriff des Verfassungsrechts, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, FG zum 65.Geburtstag von Hugo Sieber, Bern 1976, S.73-83.
- ders.:** Verfassungsrechtliche Richtpunkte einer schweizerischen Kartellgesetzgebung, in: Recht und Wirtschaft heute, FS zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S.325-343.
- Habermas, Jürgen:** Theorie des kommunikativen Handelns, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, Bd. I und II, 3.A., Frankfurt a.M. 1985.
- Hart, Dieter, Christian Joerges:** Verbraucherrecht und Marktökonomik: Eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzungen der Verbraucherpolitik, in: Heinz-Dieter Assmann, Gert Brüggemeier, Dieter Hart, Christian Joerges, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Beiträge zur Privat- und Wirtschaftsrechtstheorie, Königstein i.Ts. 1980.
- Hartfield, Günter:** Wirtschaftliche und soziale Rationalität, Untersuchungen zum Menschenbild in Ökonomie und Soziologie, Stuttgart 1968.
- Hauser, Marco:** Die Inzidenz der Publikumsinteressen auf Wesen und Umfang des Markenrechts, Diss Zürich 1966.
- Hayek, Friedrich Anton von:** Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Freiburger Studien 1968, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kieler Vorträge, N.F. Nr.56, Hsg.Erich Schneider, Kiel 1968.
- Hefermehl, Wolfgang:** Entwicklungen im Recht gegen den unlauteren Wettbewerbs, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979, S. 197-213.
- ders.:** Das Prokrustesbett "Wettbewerbsverhältnis", in: Recht und Wirtschaft heute, FS zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S.345-361.
- Heinen, Edmund:** Industriebetriebslehre, Entscheidungen im Industriebetrieb, 7.A., Wiesbaden 1983.
- Henkel, Heinrich:** Recht und Individualität, Berlin 1958.
- Herberger, Maximilian, Dieter Simon:** Wissenschaftstheorie für Juristen, Logik - Semiotik - Erfahrungswissenschaften, Frankfurt a.M. 1980.
- Henning-Bodewig, Frauke, Annette Kur:** Markenrecht und Verbraucherschutz - Erste Ergebnisse eines Forschungsprojekts - GRUR 1985, S.493-503.
- Herdzina, Klaus:** (Hsg.) Wettbewerbstheorie, Köln 1975.
- Hertzog, Dirk W.R.:** Functional Theory in Trade Mark Law, Pretoria 1976.



- Heuss, Ernst:** Wettbewerb, in Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften, Hsg. Willi Albers u.a., Bd. 8, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1980, S. 679-697.
- Heydt, Ludwig:** Zur Funktion der Marke, GRUR Int. 1976, S. 339-345.
- Höhl, Johanna:** Zweitmarken - Ein entscheidungsorientierter Ansatz aus der Sicht des Markenartikelherstellers bei Gütern des täglichen Bedarfs, Gelsenkirchen 1982.
- Homburger, Eric:** Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei der Anwendung des Kartellgesetzes, ZSR NF 89 (1970) II, S.1-158.
- Hoppmann, Erich:** Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und Institutionelle Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Zum 65. Geburtstag von Theodor Wessels, Berlin 1967, S. 145 - 178 (sehr ähnlich unter dem Titel: Workable Competition (funktionsfähiger Wettbewerb), ZbJV 102 (1966), S.249ff.
- ders.:** Behinderungsmissbrauch, Die Entwicklung von per-se-Verboten für marktbeherrschende Unternehmen, dargestellt am Beispiel der Umsatzrabatte, Tübingen 1980.
- Hopt, Klaus:** Wettbewerbsbeschränkungen und Verrechtlichung, in: Friedrich Kübler (Hsg.) Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Vergleichende Analysen, Baden/Baden 1984, S.229-287.
- Hueck, Alfred:** Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947.
- Hug, Walther:** Unlauterer Wettbewerb, Sonderabdruck aus der Festgabe August Schirmer, St.Gallen 1941.
- Iklé, Richard:** Entwicklungstendenzen des gewerblichen Rechtsschutzes, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festgabe für den schweizerischen Juristentag 1944 in St.Gallen, St.Gallen 1944, S.103-134.
- Immenga, Ulrich, Ernst-Joachim Mestmäcker:** Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981.
- Im Oberdorf, Bernhard:** Humanisierung der Arbeitswelt - ein Organisationsproblem, Formaler Grundriss eines integrierten Ansatzes, Diss Zürich 1979.
- Jacob, Herbert & Marlies:** Preisdifferenzierung bei willkürlicher Teilung des Marktes und ihre Verwirklichung mit Hilfe der Produktdifferenzierung, in: JNST 1962, S.1-15.
- Jacob-Steinorth, Karl:** Der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren im Deutschen und Amerikanischen Recht, Berkeley-Kölner Rechtsstudien, Kölner Reihe Bd.5, Karlsruhe 1964.
- ders.:** Ist der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren ein Anzeichen für eine gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigte Preisbindung? WRP 1962, S.321-324.
- Jene-Bollag, Irène:** Die Schutzfähigkeit von Marke und Ausstattung unter dem Gesichtspunkt des Freihaltebedürfnisses, Diss Basel 1981.
- Jetzer, Rolf P.:** Lockvogelwerbung, Die werbepolitisch motivierte Preisunterbietung als unlauterer Wettbewerb, Diss Zürich 1979.
- Jöhr, Walter Adolf:** Ein Beitrag zur Werturteilsproblematik gestaltet als Auseinandersetzung mit Max Weber, WuR 33 (1981) H.3/4, S.9-38.
- Joerges, Christian:** Vorüberlegungen zu einer Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts, ReabelsZ 43 (1979), S.6ff.
- Jonas, Hans:** Das Prinzip Verantwortung, Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation, Frankfurt a.M. 1979.
- Kantzenbach, Werner:** Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2.A., Göttingen 1967.

- Kantzenbach, Werner, Hermann Kalfass:** Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs - workable competition - , in: Helmut Cox, Uwe Jens, Kurt Markert, Handbuch des Wettbewerbs: Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik, Wettbewerbsrecht, München 1981, S.103-127.
- Katz, Reinhard:** Informationsquellen der Konsumenten, Wiesbaden 1983.
- Keller Max, Christian Schöbi:** Das Schweizerische Obligationenrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel und Frankfurt a.M. 1982.
- Kilger, Wolfgang:** Die quantitative Ableitung polypolistischer Preisabsatzfunktionen aus den Heterogenitätsbedingungen atomistischer Märkte, in: Zur Theorie der Unternehmung, Festschrift Erich Gutenberg, Wiesbaden 1962.
- Knöpfle, Robert:** Die marktbezogene Unlauterkeit, Tübingen 1983.
- Köhler, Helmut:** Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, Eine Untersuchung zu den kartellrechtlichen Grenzen der Kooperation im Einkauf, München 1977.
- ders.:** Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung, Tübingen 1986.
- Koenigs, Folkmar:** Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, GRUR 1958, S.589-593.
- ders.,** Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 14 (1961) S.1041-1048.
- Kolly, Gilbert:** Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichts, Diss Freiburg, Zürich 1978.
- Kotler, Philip:** Marketing-Management: analysis, planning and control, 5th.ed., London 1984.
- Kraft, Alfons:** Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München 1963.
- ders.:** Die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer und gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG, in: FS Horst Bartholomeyczik, Berlin 1973, S.223-239.
- ders.:** Wettbewerbsrecht und Diskriminierungsverbot, in: Recht und Wirtschaft heute, FG zum 65.Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S.389-399.
- ders.:** Verbraucherschutz in Markenrecht, GRUR 1980, S. 416-420.
- Kramer, Ernst A.:** Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrecht, ZSR NF (1979) I, S. 49-92.
- Krasser, Rudolf:** Der Schutz von Preis und Vertriebsbindungen gegenüber Aussenseitern, Köln u.a.o. 1968.
- Krawietz, Werner:** Ansätze zu einem Neuen Institutionalismus in der modernen Rechtstheorie der Gegenwart, JZ 1985, S.706-714.
- Kroeber-Riel, Werner:** Konsumentenverhalten, 3.A., München 1984.
- Kroeber-Riel, Werner, G. Hemberle, W.Keitz, R.M.Wimmer:** Produktdifferenzierung durch emotionale Konditionierung, Universität des Saarlandes 1978.
- Kühne, René:** Nachfragemacht zwischen Einzelhandel und Konsumgüterindustrie in der Schweiz, Diss Zürich, Bern/Stuttgart 1984.
- Kummer, Matthias:** Lauterkeitsschutz und Marktwirtschaft, Gedanken zum Expertenbericht für die Revision des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG), Schweizerische Monatshefte, Heft 7/8, Juli/August 1981, S.1ff.
- Kummer, Max:** Der Begriff des Kartells, Bern 1966.
- Larenz, Karl:** Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5.A., Berlin u.a.O. 1983.

- Lauer, Jürgen:** Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber dem Verbraucher) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht, Diss. Genf, Bern 1983.
- Lauper, Jean-Pierre:** Die rechtliche Ordnung des Individualisierens und Kennzeichnens von Dingen, Diss. Zürich 1958.
- Lehmann, Michael:** Vertragsanbahnung durch Werbung. Eine juristische und ökonomische Analyse der bürgerlich-rechtlichen Haftung für Werbeangaben gegenüber dem Letztverbraucher, München 1981.
- ders.:** Theorie der Property Rights und Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums, Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs, in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Hsg. Manfred Neumann, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, N.F. Bd.140, Berlin 1984, S.519-535.
- ders.:** Wettbewerbs- und warenzeichenrechtliche Bemerkungen zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 6. Oktober 1983 - Verkauf unter Einstandspreis II, GRUR 1984, S. 313-319.
- Loewenheim, Ulrich:** Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, Bad-Homburg v.d.H. 1970.
- Lörtscher, Thomas:** Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf im schweizerischen und deutschen Recht, ZVRW 83 (1984), S.51-71.
- Lorenz, Werner:** Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, FS Larenz, S.575-620.
- Lüderssen, Klaus:** Juristische Allgemeinbegriffe und Demoskopie, in: Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften, Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie Bd.1, Baden-Baden 1978, S.53-75.
- Luhmann, Niklas:** Legitimation durch Verfahren, 2.A., Darmstadt 1975.
- ders.:** Rechtssoziologie, 2.A., Opladen 1983.
- ders.:** Die Einheit des Rechtssystems, Rechtstheorie 1983, S.129-154.
- ders.:** Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a.M. 1984.
- Lukes, Rudolf:** Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70.Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S.199-226.
- Maasch, Beate:** Auslegung von Normen - ein spezifisches Problem im Kartellrecht? ZHR 150 (1986) S.354-365.
- Maday, Denis C.:** Bemerkungen zum Rohentwurf für das Markenschutzgesetz, SJZ 83 (1987), S.21-25.
- Magnin, Charles:** Une mise au point des notions de base de la propriété industrielle, PI 68 (1952), S.143-147.
- Mannheim, Karl:** Freiheit und geplante Demokratie, Köln-Opladen 1970 (original: Freedom, power and democratic planning, London 1951, 1965).
- Marbach, Eugen, Christian Hilti:** Einschränkungen des Markenkennzeichnungsrechts durch Werbeverbote im schweizerischen Recht, GRUR Int. 1985, S.379-385.
- Martin-Achard, Edmond:** La cession libre de la marque, Genève 1946.
- ders.:** Le droit de suite du producteur d'articles de marque, Mitt. 1953, S.119-133.
- ders.:** La notion de la concurrence déloyale, JdT 125 (1977) S.34ff.

- Maslow, Abraham Harald:** Motivation und Persönlichkeit, Olten 1977.
- Matter, Erwin:** Kommentar zum Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der Gewerblichen Auszeichnungen, Zürich 1939.
- ders.:** Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, ZbJV 87 (1951), S.449 - 471.
- Mayer, Hans, Ute Däumer, Hermann Rühle:** Werbepsychologie, Stuttgart 1982.
- Meffert, Heribert:** Marketing, Einführung in die Absatzpolitik, 5.A., Wiesbaden 1980.
- Meier, Christian:** Der selektive Vertrieb im EWG Kartellrecht, Bd. I und II, Diessenhofen 1979.
- ders.:** Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und schweizerisches Kartellrecht, WuR 32 (1980) S.299-323.
- ders.:** Ueber Entwicklung, Begriff und Aufgabe des Wirtschaftsrechts, ZSR NF 101 (1982) I, S.267-307.
- Merkt, Sergio:** Markenartikel und Sortiment, Handel Heute, Nr. 7/8 (Juli/August) 1982, S. 15-17.
- Merz, Hans:** Das Wettbewerbsrecht, in: Strukturwandel der Schweizerischen Wirtschaft und Gesellschaft, FS für Fritz Marbach, Bern 1962, S.352-367; wiederabgedruckt in: Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, FS zum 70. Geburtstag des Verfassers, Bern 1977, S.515-534.
- ders.:** Der Wettbewerb in der Rechtsentwicklung, in: Festschrift H.C.Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd.II, München/Berlin 1965, S.385-402.
- ders.:** Das schweizerische Kartellgesetz (Grundlagen und Hauptprobleme), Bern 1967.
- ders.:** Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 ZGB, Bern 1962.
- ders.:** Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit? in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70.Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S.227-259, wiederabgedruckt in: Ausgewählte Abhandlungen, zum Privat- und Kartellrecht, FS zum 70. Geburtstag des Verfassers, Bern 1977, S. 535-577.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim:** Die sichtbare Hand des Rechts, Ueber das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftsordnung bei Adam Smith, in: Recht und ökonomisches Gesetz, 2.A., Baden-Baden 1984, S.104-135.
- ders.:** Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, S.521ff.
- ders.:** Der verwaltete Wettbewerb, Eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, Tübingen 1984.
- Meyer-Cording, J.:** Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts, JZ 19 (1964), S.273-278, 310-314.
- Monopolkommission** Sondergutachten I, Anwendung und Möglichkeit der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, Baden-Baden 1975.
- Monopolkommission** Sondergutachten 14, Die Konzentration im Lebensmittelhandel, Sondergutachten der Monopolkommission gemäss § 24 Abs.5 S.4 GWB, Baden-Baden 1985.



- Möschel, Wernhard:** Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, Marktbeherrschung, unlauterer Wettbewerb und Sanierungsfusionen im Pressebereich, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd.50, Tübingen 1978.
- von Moos, André:** Zum Problem der Nachfragemacht aus schweizerischer Sicht, Diss Zürich 1980.
- Mylaues, Andreas:** Die "Gefühlsbetonte Werbung" als Erscheinungsform der "Unsachlichen Werbung" und ihre Beurteilung § 1 UWG, Diss München 1983.
- Nawiasky, Hans:** Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. A., Einsiedeln/Zürich/Köln 1948.
- Neubauer, Hans:** Markenrechtliche Abgrenzungsvereinbarungen aus rechtsvergleichender Sicht, Köln u.a.O. 1983.
- Neumann, Carl Wolfgang:** Allgemeine Wettbewerbstheorie und Preismissbrauchsaufsicht, Das Ordo-Dynamische Wettbewerbskonzept nach § 22 GWB und Art.86 EWG-Vertrag über marktbeherrschende Unternehmen, unter besonderer Berücksichtigung von Fortschrittsleistungen, Neuwied/Darmstadt 1983.
- Niestrath, Ulrich:** Nachfragemacht des Handels, Begriff, Theorie, Operationalisierung, Frankfurt a.M./Bern/New York 1983.
- Noelle-Neumann, Elisabeth:** Demoskopie und Rechtspraxis, in: Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften, Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie, Bd.1, Baden-Baden 1978, S.37-51.
- Noll, Peter:** Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Voraussetzungen der Strafbarkeit, Zürich 1981.
- Oftinger, Karl:** Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. A., Zürich 1973.
- Oppenhoff, Walter:** Wandel der Markenrechtskonzeption? GRUR Int. 1973, S. 433-436.
- Ott, Claus:** Systemwandel im Wettbewerbsrecht, Die Generalklausel des § 1 UWG und ihre Rückwirkungen auf Rechtsprechung und Dogmatik, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitute, FS Ludwig Raiser, 1974, S.403-434.
- Pause, Hans Egon:** Die Berücksichtigung der Allgemeinheit bei der Beurteilung wettbewerblischen Handelns, Frankfurt a.M. u.a.O. 1984.
- Pedrazzini, Mario M.:** Markenrechtliche Besinnung, in: FS Hundert Jahre Schweizerische Markeneintragung, Bern 1980, S.29-36.
- Pedretti, René:** Wettbewerb und Zugabewesen, Diss Bern 1969.
- Peyer, Hanspeter:** "Rennen, rennen, rennen", bilanz Nr. 8/1980, S. 26-28.
- Pfeffer, Joachim:** Der kartellrechtliche Schutz der Zulieferindustrie in der Automobilbranche, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Bd.62, München 1985.
- Pointet, Pierre-Jean:** La protection de la marque, Propositions en vue de la révision de la loi fédérale sur les marques de fabrique et de commerce, Bericht ZSR 82 (1963) II S. 87-220.
- Popper, Karl:** Logik der Forschung, 8.A., Tübingen 1984.
- Posner, Richard A.:** Economic Analysis of Law, 2nd.ed., Boston/Toronto 1977.
- Priemer, Wolfgang:** Produktvariation als Instrument des Marketing, Berlin 1970.
- Rehbinder, Manfred:** Zu den Methoden der Rechtstatsachenforschung, in: Homo Creator, FS Alois Troller, Basel 1976, S. 13-35.



- Richli, Paul:** Nachfragemacht und Angebotsmacht - Gemeinsamkeiten und Unterschiede, WuR 30 (1978) S. 1-26.
- ders.:** Zum Gesetzgebungsauftrag für den Preisüberwacher, ZSR NF 103 (1984) I S.47-70.
- Riklin, Alois:** Unvermeidbare und vermeidbare Werturteile, in: Beiträge zur Methode des Rechts, St.Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S.37-68.
- Raiser, Ludwig:** Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd.9, Summum ius summa iniuria, Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, Tübingen 1963, S 145-167.
- ders.:** Zum Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, ZbJV 97 (1961), S.121-152.
- ders.:** Marktbezogene Unlauterkeit, GRUR Int.1973, S.443-446.
- ders.:** Der Gegenstand des Wirtschaftsrechts, ZHR 143 (1979) S.338-345.
- Raiser, Ludwig, Heinz Sauermann, Erich Schneider:** (Hsg.), Das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Berlin 1964.
- Rosenstiel, Lutz von, Guntram Ewald:** Marktpsychologie, Bd.II: Psychologie der absatzpolitischen Instrumente, Stuttgart 1979.
- Rosenstiel, Lutz von, Peter Neumann:** Einführung in die Markt- und Werbepsychologie, Darmstadt 1982.
- Roubier, Paul:** Le droit de la propriété industrielle, Paris 1952.
- Sack, Rolf:** Die rechtliche Funktion des Warenzeichens, GRUR 1972, S. 402-414, 445-504.
- ders.:** Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, S.761-769.
- Sandrock, Otto:** Grundprobleme der sachlichen Marktabgrenzung, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, FG zum 65.Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S.449-486.
- Scherhorn, Gerhard:** Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik, Göttingen 1975.
- Schluep, Walter René:** Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964.
- ders.:** Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, St.Galler Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1965, Bern 1965, S.381-423.
- ders.:** Was ist Wirtschaftsrecht? FS Walther Hug, Bern 1968, S.25ff.; wiederabgedruckt als: Wirtschaftsrecht: Wesen, Aufbau, Merkmale, Formen und Stellung im Rechtssystem, in: Zum Wirtschaftsrecht, eine Sammlung von Aufsätzen, Bern 1978, S.1-34.
- ders.:** Die Beziehungen zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft und der Entwicklung des Rechts, in: Zum Wirtschaftsrecht, eine Sammlung von Aufsätzen, Bern 1978, S.35-61
- ders.:** Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, WuR 1969, S.193-223.
- ders.:** Vom lauten zum freien Wettbewerb, in: Zum Wirtschaftsrecht, eine Sammlung von Aufsätzen, Bern 1978, S.62-81.
- ders.:** Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, ZSR 92 (1973) II, S.153-557.

- ders.:** Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, in: Wettbewerbspolitik in der Schweiz, FG für Fritz Marbach, Bern 1972, S.103-131.
- ders.:** Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewusste, ZSR NF 94 (1974) I, S.353-394.
- ders.:** Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, in: Zum Wirtschaftsrecht, eine Sammlung von Aufsätzen, Bern 1978, S.82-119.
- ders.:** Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, in: Homo Creator, FS Alois Troller, Basel 1976, S.225-254.
- ders.:** Lockvogelpreis und Lockvogelmarken, in: Prix et marques d'appel en droit comparé. Aspects économiques et juridiques, Genève 1976, S.57-84.
- ders.:** Ueber den Begriff der Nachfragemacht, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg 1977, S.563-591.
- ders.:** Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in: Zum Wirtschaftsrecht, eine Sammlung von Aufsätzen, Bern 1978, S.120-166.
- ders.:** Die Rechtssprechung des EuGH im Lichte der Schweizerischen Rechtssprechung, in: Hefermehl et.al., Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, München 1979, S.227-266.
- ders.:** Ueber den Begriff der Wettbewerbsverfälschung, in: Recht und Wirtschaft heute, FG zum 65.Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S.487-521.
- ders.:** Wettbewerbsverfassung und Unternehmensverfassung, in: FS für Frank Vischer, Zürich 1983, S.609-637.
- ders.:** Kartellrechtliche Grenzen von warenzeichenrechtlichen Abgrenzungsverträgen (besonders nach Art.85 EWGV), GRUR Int. 1985, S.534-550.
- Schmid, Lothar:** Grundlagen und Formen der Preisdifferenzierung im Lichte der Marktformenlehre und der Verhaltenstheorie, Berlin 1965.
- Schmidt, Eike:** Normzweck und Zweckprogramm, in: Dogmatik und Methode, FS Josef Esser, Kronberg 1975, S. 139-170.
- Schmidt, Ingo:** US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973.
- ders.:** Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, Eine Einführung, 2.A., Stuttgart/New York 1987.
- Schmidt, Ingo/Rittaler, Jan B.:** Die Chicago School of Antitrust Analysis, Wettbewerbstheoretische und -politische Analyse eines Credos, Baden-Baden 1986.
- Schneider, Erich:** Einführung in die Wirtschaftstheorie, II Teil, Wirtschaftspläne und wirtschaftliches Gleichgewicht in der Verkehrswirtschaft, 12.A., Tübingen 1969.
- Schorer, Paul:** Gesetzgebungsarbeiten des Bundes im Bereich des Wirtschaftsrechts: Stand Januar 1986, SAG 1986, S.50-54.
- Schreiner, Rupert:** Die Dienstleistungsmarke, Typus, Rechtsschutz, Funktion, Diss Köln u.a.O. 1983.
- Schricker, Gerhard:** Gesetzesverletzung und Sittenverstoss, München 1970.
- Schürmann, Leo:** Das Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Zürich 1964.
- ders.:** Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2.A., Bern 1983.
- Schumann, Jochen:** "Neue Mikroökonomik" und "Theorie der Eigentumsrechte": Ansätze zur Ergänzung der mikroökonomischen Theorie, WiSt 7 (1978) S. 308ff.
- ders.:** Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 4.A., Berlin/Heidelberg/New-York 1980.

- Schultes, Werner:** Preisdifferenzierung unter wettbewerbspolitischem Aspekt, Köln u.a.O.1963.
- Schumpeter, Joseph A.:** Konjunkturzyklen, Bd.1, Göttingen 1961.
- Schönenberger Wilhelm, Peter Jäggi:** Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1-17 OR, 3.A., Zürich 1973.
- Seyffert, Rudolf:** Wirtschaftslehre des Handels, 5.A., Opladen 1972.
- Sieber, Hugo:** Zur Kritik an der Saldomethode der Kartellkommission, in: Recht und Wirtschaft heute, FG zum 65.Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S.523-547.
- ders.:** Ueber die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen.
- Silberer, Günter:** Das Informationsverhalten des Konsumenten beim Kaufentscheid - Ein analytisch-theoretischer Bezugsrahmen, in: Hans Raffée, Günter Silberer (Hsg.), Informationsverhalten des Konsumenten, Ergebnisse empirischer Studien, Wiesbaden 1981, S.27-60.
- Simitis, Konstantin:** Verbraucherschutz - Schlagwort oder Rechtsprinzip? Baden-Baden 1976.
- Skiba, Gunther:** Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik, Frankfurt a.M. 1971.
- Sölter, Arno:** Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf 1960.
- Spoendlin, Kaspar:** Verzicht auf präzise Definition der Marke? SJZ 65 (1969), S.1-6.
- ders.:** Das Markenrecht im Lichte der schutzwürdigen Interessen, Basel/Stuttgart 1974.
- ders.:** Das Schutzbedürfnis des Publikums im Kennzeichnungsrecht und seine Grenzen, in: Recht und Wirtschaft heute, FG zum 65.Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S.233-263.
- Stöhr, Andreas:** Die wirtschaftsrechtliche Problematik des zweigleisigen Vertriebs durch Hersteller preisgebundener Markenartikel, Diss Erlangen-Nürnberg 1969.
- Struck, Gerhard:** Interessenabwägung als Methode, in: Dogmatik und Methode, FG Joseph Esser, Kronberg 1975, S. 171-191.
- Tercier, Pierre:** A propos des relations entre la Commission des cartels et le Surveillant des prix, SAG 1986, S.109-121.
- Teubner, Gunther:** Generalklauseln als sozionormative Modelle, in: Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften, Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie, Bd.1, Baden-Baden 1978, S.13-35.
- ders.:** Verrechtlichung / Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Friedrich Kübler (Hsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Vergleichende Analysen, Baden/Baden 1984, S.289-344.
- Tichelli, Marc-Antoine:** Markentreue von Konsumenten beim Kauf von Konsumgütern, Diss St.Gallen, Sion 1979.
- Tietgen, Uwe:** Die Unterschiede zwischen Fabrik- und Händlermarken in Warenzeichen- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, Köln 1975.
- Tietz, Bruno:** Konsument und Einzelhandel, Strukturwandlungen in der Bundesrepublik Deutschland von 1970-1995, 3.A., Frankfurt a.M. 1983.
- Tilmann, Winfried:** Zur Rechtsstellung des Verbrauchers bei Wettbewerbsdelikten, ZHR 141 (1977), S.32-80.

- ders.:** Die Verkehrsauffassung im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht - Möglichkeiten und Grenzen der demoskopischen Wahrheitsfindung im Prozess, GRUR 1984, S. 716ff.
- ders.:** Ueber das Verhältnis von GWB und UWG, GRUR 1979, S.825-834.
- Toller, Marco:** Die Preisüberwachung als Mittel der schweizerischen Wettbewerbspolitik, Eine wirtschaftsrechtliche Untersuchung, Diss Zürich 1983.
- Troller, Alois:** Die berühmte Marke, Luzerner FS zum schweizerischen Anwaltstag, Luzern 1953, S. 54-80.
- ders.:** Immaterialgüterrecht, 3.A., Basel/Frankfurt Bd. I 1983 (zit.IGR I), Bd. II 1985 (zit. IRG II).
- ders.:** Wesen und Unwesen der Marke, FS Philipp Möhring, München-Berlin 1965, S. 291-314.
- ders.:** Von den Grundlagen wettbewerbsrechtlichen Denkens, Der Wettbewerb 1967, S.9-13.
- ders.:** Gedanken zur Bedeutung des Leistungsschutzes im Entwurf für ein neues schweizerisches Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR Int. 1985, S.94-99.
- ders.:** Das Gesetz im Recht, ZSR NF 93 (1974) II S.29-74.
- ders.:** Das subjektive Recht im bürgerlichen und sozialistischen Immaterialgüterrecht, in: FS für Frank Vischer, Zürich 1983, S.741-751.
- Troller, Patrick:** Kollisionen zwischen Firmen, Handelsnamen und Marken, Basel 1980.
- Tuchtfeldt, Egon:** Konzepte der Wettbewerbspolitik, in: Recht und Wirtschaft heute, FG zum 65.Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S.549-563.
- von Tuhr, Andreas, Hans Peter:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1.Bd., 3.A., Zürich 1979.
- Ulmer, Eugen:** Warenzeichen und Wettbewerb, Berlin 1929.
- Ulmer, Peter:** Die zeichenrechtlichen Grenzen der Händlerwerbung mit Herstellermarken, NJW 1969, S.11-18.
- ders.:** Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, S.565-580.
- ders.:** Kartellrechtswidrige Konkurrentenbehinderung durch leistungsfremdes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, Eine Zwischenbilanz, Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, FG zum 65.Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S.565-596.
- Usteri, Martin:** Das Verhältnis von Staat und Recht zur Wirtschaft in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 1981.
- Vanzetti, Adriano:** Funziona giuridica del marchio, in: Rivista del Diritto commerciale 1961, I, S. 16-88, dt.: Funktion und Rechtsnatur der Marke, GRUR Int. 1965, S. 128-201, (zit. Funktion).
- Vanzetti, Adriano:** Equilibrio d'interessi e diritto al marchio, Riv. Dir. Comm. 58 I (1960), S.254-287, (zit. equilibrio).
- Veblen, Thorstein:** Theorie of the leisure class, New York 1898;  
dt. Theorie der feinen Leute, Eine ökonomische Untersuchung der Institutionen, Köln/Berlin 1958 (neu: Frankfurt 1986).
- Viragh, Zoltan:** Verwendung der Marke durch Wiederverkäufer und Verarbeiter eines Markenartikels, Mitt. 1962, S. 108-130.



- Voelp, Fromut:** Bundeskartellamt beanstandet zweigleisigen Vertrieb von Markenartikeln, Der Markenartikel 1960, S.47-51.
- Wablat, Wolfgang:** Das sowjetische Warenzeichenrecht, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung Bd.24, München 1982.
- Wälde, Thomas:** Juristische Folgenorientierung, Königstein i.Ts. 1979.
- Wehrli, Hans-Peter:** Marketing - Zürcher Ansatz, Bern und Stuttgart 1981.
- Weibel, Herbert:** Die Kontrahierungsschuld im privaten Kartellrecht in der Schweiz, Diss Bern, Zürich 1971.
- Wilde, Olga:** Wettbewerbsverzerrungen und Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfragermacht, Freiburg i.Br. 1979.
- Wilhelm, Herbert:** Produktdifferenzierung, in: Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Hsg. Bruno Tietz, Stuttgart 1974, Sp.1706-1716.
- Wirtz, Karl-Ernst:** Werbung und Marktleistung, zu einem neuen Anwendungsfeld für kartellrechtliche Wettbewerbsregeln, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd. 31, Berlin 1979.
- Wrage, Heidi:** UWG-Sanktionen bei GWB-Verstößen? Heidelberg 1984.
- Wohlmann Herbert:** Zur funktionalen Auslegung im Kartellrecht, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, FS zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 461-473.
- Wuffli, Peter:** Ethik und Wirtschaft - Antinomie oder Integration? NZZ Nr. 127, 5./6. Juni 1982, S.37.
- Zehnder, Clemens:** Die begleitende Marke, Diss Zürich 1975.
- Zeller, Ernst:** Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB, Diss Zürich 1981.
- Zöhlhörer, Werner, Horst Greiffenberg:** Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie: Die Berücksichtigung organisationsstruktureller Aspekte, in: Helmut Cox, Uwe Jens, Kurt Markert, Handbuch des Wettbewerbs: Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik, Wettbewerbsrecht, München 1981, S.79-101.
- Zumstein, Jacques:** Du caractère institutionnel de la société anonyme, étude du droit suisse, thèse Lausanne 1954.





# ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

2

|          |                                                                                   |
|----------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| A.       | Auflage                                                                           |
| 1 a.A.   | anderer Auffassung                                                                |
| a.a.O.   | am angeführten Ort                                                                |
| Abs.     | Absatz                                                                            |
| AER      | American Economic Review, New York (NY)                                           |
| AGB      | Allgemeine Geschäftsbedingungen                                                   |
| AIPPI    | Association internationale pour la protection<br>de la propriété intellectuelle   |
| Allg.    | Allgemeines                                                                       |
| Art.     | Artikel                                                                           |
| BB       | Der Betriebsberater, Heidelberg                                                   |
| BBl.     | Bundesblatt, Bern                                                                 |
| Bd.      | Band                                                                              |
| BGE      | Bundesgerichtsentscheid                                                           |
| BGH      | Bundesgerichtshof                                                                 |
| BGHZ     | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen                             |
| CCH      | Commerce Clearing House, Inc., Chicago (Ill.)                                     |
| DB       | Der Betrieb, Düsseldorf                                                           |
| ders.    | derselbe                                                                          |
| d.h.     | das heisst                                                                        |
| dies.    | dieselbe                                                                          |
| Diss     | Dissertation                                                                      |
| dt.      | deutsche(-s)                                                                      |
| aKG      | Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen<br>vom 20. Dezember 1962   |
| KG       | Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen<br>vom 20. Dezember 1985   |
| Einl.    | Einleitung                                                                        |
| ed.      | edizione; édition; edition                                                        |
| et.al.   | und andere                                                                        |
| f.       | folgende                                                                          |
| ff.      | fortfolgende                                                                      |
| FG       | Festgabe                                                                          |
| FN       | Fussnote                                                                          |
| FS       | Festschrift                                                                       |
| GRUR     | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Weinheim BRD                          |
| GRUR Int | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht,<br>internationaler Teil, Weinheim BRD |
| GWB      | dt. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen<br>vom 24. September 1980              |
| H.L.REV. | Harward Law Review, Boston (Mass.)                                                |
| h.M.     | herrschende Meinung                                                               |
| Hsg.     | Herausgeber                                                                       |
| Hwb.     | Handwörterbuch                                                                    |
| i.e.S.   | im engen Sinne                                                                    |
| i.S.     | im Sinne                                                                          |
| i.V.mit  | in Verbindung mit                                                                 |

|               |                                                                                                                                                                                |
|---------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| JAV           | Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung, Berlin                                                                                                                           |
| JMR           | The Journal of Marketing Research, Chicago                                                                                                                                     |
| JNSt          | Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Stuttgart                                                                                                                       |
| JoCM          | The Journal of Consumer Marketing, Santa Barbara (Cal.)                                                                                                                        |
| JoM           | Journal of Marketing, New York (NY)                                                                                                                                            |
| JZ            | (deutsche) Juristenzeitung, Tübingen                                                                                                                                           |
| lit.          | litera                                                                                                                                                                         |
| Mitt.         | Schweizerische Mitteilungen für gewerblichen<br>Rechtsschutz und Urheberrecht, Zürich (bis 1984);<br>Schweizerische Mitteilungen für Immaterialgüterrecht,<br>Zürich (ab 1985) |
| MuW           | Markt und Wettbewerb                                                                                                                                                           |
| m.w.H.        | mit weiteren Hinweisen                                                                                                                                                         |
| NJW           | Neue Juristische Wochenschrift, München u.a.O.                                                                                                                                 |
| N.F.          | Neue Folge                                                                                                                                                                     |
| MSchG         | Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und<br>Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren<br>und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. September 1890        |
| o.ä.          | oder ähnliche                                                                                                                                                                  |
| P.J.          | Propriété Industrielle, Paris                                                                                                                                                  |
| PUG           | Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985                                                                                                                                  |
| PVU           | Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des<br>gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883, mit<br>diversen Aenderungen, von der Schweiz<br>unterzeichnet am 14. Juli 1967       |
| RabelsZ       | Zeitschrift für ausländisches und internationales<br>Privatrecht, Tübingen                                                                                                     |
| resp.         | respektive                                                                                                                                                                     |
| RG            | Reichsgericht                                                                                                                                                                  |
| RGE           | Reichsgerichtsentscheid                                                                                                                                                        |
| RGZ           | Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen                                                                                                                              |
| RN            | Randnote                                                                                                                                                                       |
| RSDIC         | Revue suisse du droit international de la concurrence,<br>Genève                                                                                                               |
| SAG           | Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich                                                                                                                                      |
| sem.jud.      | semaine judiciaire, Genève                                                                                                                                                     |
| SJZ           | Schweizerische Juristenzeitung, Zürich                                                                                                                                         |
| S.o.          | siehe oben                                                                                                                                                                     |
| spez.         | speziell                                                                                                                                                                       |
| StenBull(NR)  | stenographisches Bulletin des Nationalrates                                                                                                                                    |
| StenBull(StR) | stenographisches Bulletin des Ständerates                                                                                                                                      |
| s.u.          | siehe unten                                                                                                                                                                    |
| Supp.         | Supplement                                                                                                                                                                     |
| u.a.O.        | und andere Orte                                                                                                                                                                |
| a.UWG         | Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb<br>vom 30. September 1949                                                                                                          |
| dt.UWG        | dt. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909                                                                                                                    |
| UWG           | Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb<br>vom 19. Dezember 1986                                                                                                          |

|      |                                                                                                  |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| VE   | Vorentwurf                                                                                       |
| vgl. | vergleiche                                                                                       |
| VKK  | Veröffentlichungen der Schweizerischen Kargellkommission,<br>Zürich                              |
| Vol. | Volume                                                                                           |
| VV   | Vollziehungsverordnung                                                                           |
| WIPO | World International Property Organizaton                                                         |
| WM   | Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht,<br>Wertpapiermitteilungen, Teil IV, Frankfurt a.M. |
| WRP  | Wettbewerb in Recht und Praxis, Frankfurt a.M.                                                   |
| WuR  | Wirtschaft und Recht, Zürich                                                                     |
| WuW  | Wirtschaft und Wettbewerb, Düsseldorf                                                            |
| WZG  | dt. Warenzeichengesetz vom 2. Januar 1968                                                        |
| z.B. | zum Beispiel                                                                                     |
| ZbJV | Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern                                                 |
| zit. | zitiert                                                                                          |
| ZGR  | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht,<br>Berlin u.a.O.                           |
| ZHR  | Zeitschrift für das gesamte Handels- und<br>Wirtschaftsrecht, Heidelberg                         |
| ZStW | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,<br>Berlin                                   |
| ZVRW | Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft,<br>Berlin                                      |





# 1. TEIL EINLEITUNG

## § 1 DEFINITION DES ZWEIFACHEN VERTRIEBS

### A Definition

Den zweifachen Vertrieb definieren wir als den **Vertrieb desselben Produkts unter verschiedenen Marken auf einem Markt**. Die im Begriff des zweifachen Vertriebs enthaltene Zahl "zwei" gehört nicht zur Definition: "zweifach" steht für mehrfach<sup>1</sup>.

### B Elemente der Definition

Elemente der Definition sind: der Vertrieb (I), ein Produkt (II), verschiedene Marken (III), ein Markt (IV).

#### I. Der Vertrieb

Unter Vertrieb verstehen wir alle Handlungen, welche dazu dienen, die Berechtigung, ein Produkt zu nutzen, vom Produzenten auf den Letztabnehmer zu übertragen. Diese Übertragung kann direkt oder über Zwischenstufen (Absatzmittler) erfolgen.

#### II. Ein Produkt

##### 1. Produktbegriff

"A product is anything that can be offered to satisfy a need or want."<sup>2</sup> Als Produkt wird die von einem Produzenten auf dem Markt angebotene Kombination von physischen, symbolischen, dienstleistungsmässigen und preislichen Teilleistungen be-

---

1 Einer der vom Schreibenden befragten Schweizer Markenartikelhersteller vertreibt sein Produkt unter 30, ein anderer (weltweit) unter 60 verschiedenen Marken. Zur Befragung s. § 18.

2 Kotler, S.20.

zeichnet, die der Abnehmer nachfragt, weil er davon Erfüllung bestimmter Erwartungen, Lösung bestimmter Probleme oder Befriedigung bestimmter Bedürfnisse erwartet<sup>3</sup>.

## 2. Frage der Produktgleichheit

Wann kann man von **einem** Produkt sprechen, das zweigleisig vertrieben wird? Wann handelt es sich um **zwei** Produkte, die sich (auch) durch ihre jeweilige Marke unterscheiden?

Unterschiedlich markierte Produkte gehören prinzipiell zu verschiedenen Produktgattungen, wobei gerade die Markierung die Verschiedenheit zwischen diesen Gattungen ausmacht<sup>4</sup>. In anderer Hinsicht können unterschiedlich markierte Produkte im Sinne einer relativen Gleichheit aber durchaus gleich sein.

Im folgenden geht es darum, diejenige "wesenhafte invariante Struktur"<sup>5</sup>, welche die Gleichheit ungleich markierter Produkte ausmacht, derart zu bestimmen, dass wir sinnvolle und praktikable übergeordnete Gattungen von gleichen Produkten erhalten, die zweigleisig vertrieben werden.

## 3. Elemente des Produktbegriffs

Um zu wissen, welche "wesenhaften invarianten Strukturen" als Grundlagen für diesen übergeordneten Gattungsbegriff zur Verfügung stehen, müssen wir das Produkt als Leistungsgesamtheit zuerst aufgliedern in einzelne Teilleistungen<sup>6</sup>. Diese Aufteilung kann nach verschiedenen Kriterien vorgenommen werden.

### a) Elemente des Marketing-Mix

Die Teilleistungen, welche das anbietende Unternehmen im Blick auf die Nachfragerbedürfnisse bestimmt<sup>7</sup>, bilden die Elemente des "Marketing-Mix".

---

3 Heinen, S.458.

4 Zur Gleichheit innerhalb der Gattung der gleich markierten Produkte s. § 9 C III.2. und 3.

5 Schlupe, Wirksamer Wettbewerb, S. 7, m.H. auf die Topik von Aristoteles.

6 Vgl. Gutenberg, S.181.

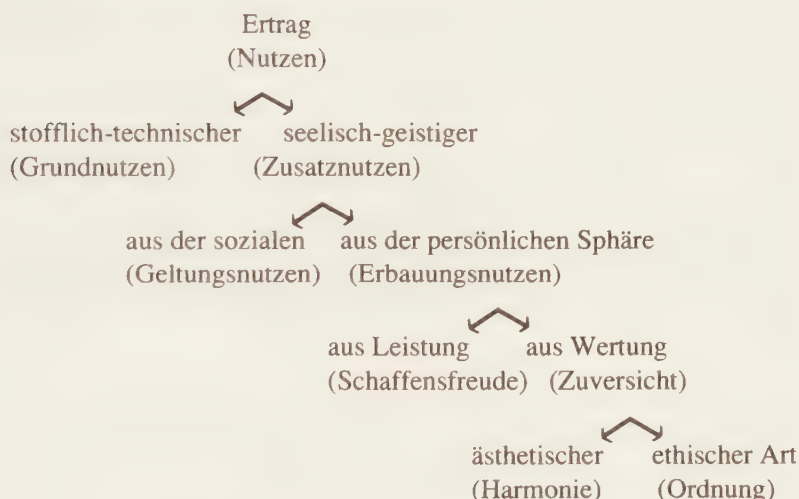
7 Heinen, S.458; ähnlich Kotler, S.68.

Die angelsächsische Literatur klassifiziert diese als die vier P's: **Product**, (Produkt i.e.S., nämlich Qualität, Design, Verpackung, Garantie, Service), **Price** (Preisgestaltung, Rabatte), **Place** (Vertriebsweg, Verkaufskanal und -lokalität) und **Promotion** (Kommunikation i.e.S., nämlich Werbung und andere verkaufsfördernde Massnahmen)<sup>8</sup>.

Die Markierung gehört zu verschiedenen Elementen des Marketing-Mix: Mit ihrer eigenwertigen oder durch Verkehrsgeltung erworbenen Attraktionskraft gehört sie zum Produkt selbst, als Instrument der Werbung zur Produktpromotion<sup>9</sup>.

## b) Elemente der Leistungsgesamtheit

Wir können das Produkt auch aufteilen nach den Teilleistungen, welche das Produkt als Leistungsgesamtheit ausmachen. Diese Teilleistungen entsprechen den verschiedenen Nutzenerwartungen<sup>10</sup> der Käufer<sup>11</sup>.



8 Dazu Kotler, S.68ff.; ähnlich Heinen, S.496ff.

9 Dazu Schluep, Markenrecht, S.103 und passim.

10 Entsprechend dem Grund- und Zusatznutzen kann sie die Produktleistungsgesamtheit in Grund- und Zusatzleistungen unterteilt werden.

11 Grundlegend Wilhelm Vershofen, Handbuch der Verbrauchsforschung, Berlin 1940, 1.Bd., S.71ff., teilweise wiederabgedruckt: Das Feld der qualitativen Verbrauchsforschung, JAV 1979, S.351-367; vgl. Wilhelm Bierfelder, Vershofens Nutzen-Leiter reaktiviert, JAV 1979, S.343-350; Heinen, Das Zielsystem der Unternehmung, Wiesbaden 1966; S.147ff. m.w.H.

Ein Produkt kann seelisch-geistige Zusatznutzenerwartung befriedigen, wenn es mit dem ästhetischen Ideal oder der ethischen Wertordnung des Käufers übereinstimmt. Je höher<sup>12</sup> und anspruchsvoller die Nutzenerwartungen sind, die mit dem Produkt befriedigt werden können, und je komplexer die befriedigte Bedürfniskombination ist, desto höher ist der Grad der Nutzenstiftung durch das Produkt.

#### 4. Gleichheit und Verschiedenheit

Um die massgebliche wesenhaft invariante Struktur, welche die ungleich markierten Produkte zu einer einheitlichen Gattung zusammenfasst, bestimmen zu können, müssen wir uns darüber Rechenschaft geben, nach welchem Beurteilungskriterium und zu welchem Zweck dies geschieht.

Wenn wir auf die gleiche physische Struktur und Erscheinung oder auf die gleiche Nutzenbefriedigung abstellen würden, müssten wir zu viele Fälle aus unserer Untersuchung ausklammern. Die Summe der invarianten Eigenschaften wäre für unsere Zwecke zu gross; die so bestimmte übergeordnete Gattung würde zu wenige Fälle erfassen<sup>13</sup>.

Umgekehrt wäre bei einem Abstellen auf die stofflich-technische Basisstruktur oder die Grundnutzenbefriedigung die Summe der invarianten Eigenschaften zu klein, der Umfang der übergeordneten Gattung zu gross: Es kämen die durch Sortenmarken unterschiedenen Varianten der Produktpalette eines Herstellers oder ähnliche Produkte verschiedener Hersteller ungewollt mit ins Blickfeld der Untersuchung.

Um die Gefahren einer zu sehr eingeschränkten oder ausgeweiteten Optik der Untersuchung zu vermeiden, werden wir im folgenden dann von gleichen Produkten sprechen, wenn sie **vom selben Hersteller produziert wurden** und **ihre stofflich-technische Grundstruktur übereinstimmt** <sup>14</sup>.

Dieses von einem Hersteller fabrizierte invariante stofflich-technische Grundprodukt bezeichnen wir als **Basisprodukt**, von welchem durch unterschiedliche Markierung verschiedene **Produktvarianten** gebildet werden.

12 Die Hierarchie ist subjektiv bestimmt, s. § 18 B IV.2.c).

13 Zum Umfang und Inhalt von Gattungsbegriffen Schlupe, Wesentlicher Wettbewerb, S. 11 m.w.H.

14 Unerhebliche technische Unterschiede, z.B. Qualitätsnuancen, verschiedene Gehäuse etc. bleiben unbeachtet. Vgl. Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.6; Stöhr, S.1; Bergau, S.2f., 15ff. mit einflusslicher Begründung. 39.5% der Befragten gaben an, es bestünden qualitative Unterschieden zwischen den von ihnen angebotenen Varianten. S. § 18 C II.4.

### III. Verschiedene Marken

Mit dem Begriff der Marke bezeichnen wir jede äussere Kennzeichnung von Produkten, welche geeignet ist, diese in den Augen der Käufer unterscheidbar und identifizierbar zu machen<sup>15</sup>.

Als Sonderfall des zweigleisigen Vertriebs soll unsere Definition auch den Fall erfassen, in dem das Basisprodukt einmal mit Marke und einmal ohne Marke, als anonyme Gattungsware, angeboten wird<sup>16</sup>.

### IV. Ein Markt

"A market describes all the buyers and sellers involved in actual or potential transactions over some good or service."<sup>17</sup>

Der so verstandene Markt kann je nach Untersuchungszweck anhand der Marktterminanten<sup>18</sup> abgegrenzt werden, d.h. nach der Art der Anbieter oder Nachfrager (auch nach deren Marktstufe), nach dem geographischen Ort und dem Zeitraum, in welchem sie zusammentreffen, oder nach der Art der ausgetauschten Leistungen (persönliche, geographische, zeitliche oder sachliche Abgrenzung).

Unsere Betrachtung des zweigleisigen Vertriebs soll sich auf Märkte beziehen, die in geographischer und zeitlicher, aber nicht notwendigerweise in sachlicher Hinsicht einheitlich (i.S. des relevanten Marktes) sind. D.h. es sollen keine Fälle von

15 Vgl. die Markendefinition der AIPPI, in GRUR Int. 1963, S.492; vgl. auch: Marketing Definitions, A Glossary of Marketing Terms, compiled by the Committee on Definitions of the American Marketing Association, Chicago 1960, S.10, deutsch bei H.Nolte, Die Markentreue im Konsumgüterbereich, Bochum 1976, S.5 und Höhl, S.6.

Der Grad an Unterscheidbarkeit ist hier ein anderer als der vom MSchG (Art.6, Art.13, Abs.2, Art.24 lit.a, MSchV Art.11) und vom UWG (Art.1 Abs.2 lit.d, Art.13 lit.d) zur Vermeidung der Irreführung des Publikums geforderte.

Domizlaff, Die Gewinnung des öffentlichen Vertrauens, S.119, spricht von "Handelsmerkzeichen".

16 Sei es, dass die Ware ohne Marke in den Verkehr gebracht oder dass die Marke nachträglich entfernt wurde. Vgl. Bergau, S.2; Jacob-Steinorth, S.6.

17 Kotler, S.130. Als wirtschaftlichen "Ort, wo sich Anbieter und Nachfrager treffen", beschreibt Heinen, S.432, den Markt. Vgl. auch Kühne, S.24f. m.w.H.

18 Dazu statt vieler Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S.73.



zeitlicher oder geographischer (vor allem internationaler)<sup>19</sup>, wohl aber von sachlicher<sup>20</sup>, personaler<sup>21</sup> und funktionaler<sup>22</sup> Marktpaltung erfasst werden<sup>23</sup>.

## C Andere Definitionen

Neben der hier verwendeten sind noch andere Definitionen des Begriffs "Zweigleisiger Vertrieb" gebräuchlich: Die Zweigleisigkeit kann auch auf dem differenzierten Absatzsystem eines Unternehmens beruhen, das sein Produkt z.T. indirekt über den traditionellen Absatzweg (d.h. über den Grosshändler), z.T. direkt an den Einzelhändler (wobei entweder über den Grosshändler oder selbständig abgerechnet wird) oder an den Verwender vertreibt<sup>24</sup>. Nach Höhl<sup>25</sup> wird in der absatzwirtschaftlichen Umgangssprache **jede Absatzwegdifferenzierung** als zweigleisiger Vertrieb bezeichnet.

## § 2 METHODISCHES

### A Aufbau

#### I. Wirtschaftliche und rechtliche Fragestellung

Der zweigleisige Vertrieb ist ein Sachverhalt des wirtschaftlichen Bereichs, den wir mit ökonomischen, ausserrechtlichen Begriffen definiert haben<sup>26</sup>. Darum sollen die wirtschaftlichen Aspekte des zweigleisigen Vertriebs vorweg untersucht werden<sup>27</sup>:

19 Das soll nicht heissen, dass ein im Ausland durchgeführter zweigleisiger Vertrieb nicht u.U. Auswirkungen im Inland entfaltet. Dies z.B. dann, wenn verschiedene Varianten desselben Basisprodukts importiert werden.

20 Soweit das Basisprodukt nicht berührt wird.

21 Bei verschiedenen Abnehmern.

22 Ueber verschiedene Vertriebswege.

23 So auch Bergau, S.31; Goll, S.10.

24 Vgl. Bruno Tietz, Konsument und Einzelhandel, Strukturwandlung in der Bundesrepublik Deutschland von 1970-1995, 3.A., Frankfurt a.M. 1983, S.754ff. Ein Beispiel eines solchen zweigleisigen Vertriebs im Zusammenhang mit einem Franchising-System stellt der "Bascin Robbins"-Fall, GRUR Int. 1982, S.629f., dar.

25 S.50 FN 2.

26 In Abweichung von der methodischen Regel, dass eine juristische Untersuchung immer mit der rechtlichen Fragestellung zu beginnen habe. So Troller, Grundlagen, S.10.

27 S. 2. Teil.

- Welche Gründe veranlassen einen Anbieter, sein Produkt zweigleisig zu vertreiben<sup>28</sup>?
- Auf welche Absatzmethoden stützt er seine Strategie<sup>29</sup>?
- Was veranlasst Konsumenten, verschieden markierte Varianten desselben Basisprodukts zu kaufen<sup>30</sup>?
- Wie ist der zweigleisige Vertrieb gesamtwirtschaftlich zu beurteilen<sup>31</sup>?

Aufbauend auf den in diesem Teil gewonnenen Erkenntnissen wird der zweigleisige Vertrieb anschliessend im Lichte der verschiedenen einschlägigen rechtlichen Ordnungsbereiche untersucht<sup>32</sup>.

## II. Ein- und zweistufiger Marktaufbau

Das Produkt kann direkt (einstufiger Marktaufbau) oder über Absatzmittler<sup>33</sup> (zweistufiger Marktaufbau) vom Produzenten zum Letztabnehmer gelangen. Letztabnehmer können private Haushaltungen, Grossverbraucher oder Verarbeiter sein<sup>34</sup>. Absatzmittler sind vom zweigleisigen Vertrieb eines Produzenten in ganz anderer Form betroffen als Konsumenten; für jene sind die unterschiedlichen Absatzchancen der verschiedenen Varianten massgeblich, für die Verbraucher die damit verbundene unterschiedliche Eignung zur Bedürfnisbefriedigung. Die Besonderheiten, die sich aus dem Verhältnis zwischen Produzent und Absatzmittler ergeben, sollen erst bei der Betrachtung der Zusammenhänge zwischen zweigleisigem Vertrieb und Marktmacht in die Untersuchung einbezogen werden<sup>35</sup>.

## B Verhältnis zwischen Oekonomie und Recht

### I. Verrechtlichung der Oekonomie

Diese Arbeit hat zum Ziel, den zweigleisigen Vertrieb als Erscheinung des wirtschaftlichen Lebens unter rechtlichen Gesichtspunkten zu untersuchen und zu bewerten. Der hier angestellte Versuch zur Verrechtlichung<sup>36</sup> der Oekonomie in be-

---

28 § 3 und 4.

29 § 5.

30 § 6.

31 § 7 und 8.

32 S. 3. und 4. Teil.

33 Grosshandelsorganisationen, Detailhändler, Grossverteiler. Vgl. Seyffert, S.1.

34 Im folgenden verwenden wir für alle Letztabnehmer den Begriff des Konsumenten.

35 § 8 B und § 14.

36 Aus der umfangreichen Literatur zur Verrechtlichungsproblematik seien hier genannt: Carl Bau-

zug auf eine bestimmte wirtschaftliche Erscheinung hat nicht das Ziel, der Wirtschaft (zusätzliche) rechtliche Fesseln anzulegen. Nicht das Erarbeiten von Rechtsregeln, welche den zweigleisigen Vertrieb verbieten oder erlauben, ist das primäre Ziel dieser Arbeit<sup>37</sup>. Es sollen nicht um jeden Preis zusätzliche Regeln und Verbote formuliert werden, welche die vielbeklagte Normenflut<sup>38</sup> weiter anschwellen lassen. Ebenso wenig sollen die im Zusammenhang mit dem zweigleisigen Vertrieb möglicherweise auftretenden Interessenkonflikte um jeden Preis aus dem wirtschaftlichen Problemlösungszusammenhang herausgerissen und einer formalisierten rechtsförmigen Bearbeitung unterworfen werden<sup>39</sup>.

Vielmehr sollen die Selbststeuerungsvorgänge des Wettbewerbs aufgezeigt werden, die im Umfeld des zweigleisigen Vertriebs ablaufen und in deren Rahmen er selbst eine Funktion erfüllt. Gleichzeitig sollen aber auch die Konstellationen aufgespürt werden, in denen er als Instrument zur Verfälschung und Verhinderung der wettbewerblichen Selbststeuerung verwendet wird. Diesfalls gilt es, geeignete Bedingungen und Formen für regelnde Eingriffe aufzuzeigen, welche den Selbststeuerungsmechanismus soweit ent-stören, dass die wettbewerbliche Entwicklung wieder ihren unverfälschten Gang gehen kann.

## II. Oekonomisierung des Rechts

Wenn wir die Betrachtung des zweigleisigen Vertriebs als wirtschaftliche Erscheinung an den Anfang unserer Untersuchung stellen, soll uns dieses Vorgehen in die Lage versetzen, rechtliche Fragen zu formulieren, die optimal auf den untersuchten Lebenssachverhalt zugeschnitten sind, und sie aufgrund der Kenntnis der relevanten Werte und involvierten wirtschaftlichen Kräfte und Interessen sachgerecht zu beantworten. Denn eine Beeinflussung wirtschaftlicher Prozesse durch das Recht auf der Basis der geltenden Wirtschaftsverfassung ist nur "in den Bahnen und in den Grenzen der ... Selbststeuerung und Selbsterhaltung" der freiheitlichen Wettbe-

---

denbacher, Verfahren als Alternative zur Verrechtlichung im Wirtschaftsrecht, Zeitschrift für Rechtspolitik, 19 (1986) S.301-305; Volkmar Gessner/ Gerd Winter (Hsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsethik VIII, Opladen 1982; Friedrich Kübler (Hsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Vergleichende Analysen, mit Beiträgen von Hans F.Zacher, Spiros Simitis, Friedrich Kübler, Klaus Hopt, Gunther Teubner, Baden-Baden 1984; Rüdiger Voigt, Gegentendenzen zur Verrechtlichung, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsethik IX, Opladen 1983, jeweils m.w.H.

<sup>37</sup> Obwohl Gesichtspunkte dafür im 3. u. 4. Teil herausgearbeitet werden.

<sup>38</sup> Dazu statt vieler Teubner, Verrechtlichung, S.294 m.w.H.

<sup>39</sup> I.S. eines weiteren Fortschreitens der "Kolonialisierung der Lebenswelt" der Wirtschaft durch das Recht (Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns II, S.522ff.). Vgl. auch Teubner, Verrechtlichung, S.296f., 321f.

werksordnung möglich und sinnvoll. Ein rechtlicher Eingriff, der diese Grenzen überschritte, wäre entweder irrelevant, d.h. er könnte nicht durchgesetzt werden, oder er würde seinerseits den Wettbewerb verfälschen<sup>40</sup>.

Wenn wir bei unserer juristischen Untersuchung wirtschaftliche Prinzipien und Gesetzmässigkeiten berücksichtigen - was von verschiedenen Autoren als "Oekonomisierung des Rechts" bezeichnet wird, so gehen wir allerdings nicht so weit, wirtschaftliche Theorien telle-quelle in die Rechtsordnung zu übertragen<sup>41</sup>. Dadurch würde das Recht auf eine blosser Funktion ökonomischer Gesetze reduziert. Die spezifisch rechtliche Normativität soll nicht aufgegeben oder mit normativen Grundsätzen der Oekonomie vermischt werden. Vielmehr soll die Berücksichtigung wirtschaftlicher Tatsachen und Gesetzmässigkeiten die rechtlichen Aussagen über den zweigleisigen Vertrieb auf eine sachgerechte, rational überprüfbare Grundlage stellen.

---

40 Dazu Teubner, S.316ff.

41 So aber Posner, *Economic Analysis of Law*, S. 189. Dazu § 14 C II.2.





## 2. TEIL WIRTSCHAFTLICHE BETRACHTUNG

In diesem Teil unserer Untersuchung betrachten wir nur die Verhältnisse zwischen Anbietern und Verbrauchern. Wir unterscheiden auf der Anbieterseite nicht zwischen Produzenten und Absatzmittlern und beziehen die zwischen diesen herrschenden Verhältnisse nur dort ein, wo dies in Bezug auf die Konsumenten von Bedeutung ist. D.h. wir beschränken uns prinzipiell auf die Betrachtung des Modells eines **einstufigen Markts**.

### 1. KAPITEL EINZELWIRTSCHAFTLICHE BETRACHTUNG

#### § 3 UNTERNEHMENSSTRATEGIE

##### A Produktlebenszyklus und Produktevolution

##### I. Marktstellung bei Einführung des zweigleisigen Vertriebs

Ein Produzent, der keine Schwierigkeiten hat, sein Produkt abzusetzen, weil dieses sich in der Wachstumsphase<sup>1</sup> befindet, hat keine Veranlassung, an einen zweigleisigen Vertrieb zu denken. Der unangefochten marktmächtige Unternehmer, der Anbieter in der Pionierrolle auf einem expandierenden Markt, der Hersteller von Markenartikeln mit hohen, allgemeinen Käuferpräferenzen, der Spezialist auf einem hochdifferenzierten Markt, sie alle stehen kaum unter Wettbewerbsdruck und werden darum ihre Produkte nicht zweigleisig vertreiben.

Anders verhält es sich, wenn der Absatz eines Produkts wegen Marktsättigung und zunehmendem Konkurrenzdruck stagniert oder sinkt und sich infolgedessen Kapazitätsauslastung und Gewinnsituation des Produzenten verschlechtern. In dieser Situation bietet der zweigleisige Vertrieb dem Anbieter eine Möglichkeit, den Absatz seines (Basis-)Produkts kurzfristig zu verbessern<sup>2</sup>. Aber nur für ein technisch ausgereiftes, vom Markt (in der ersten Variante) akzeptiertes und stofflich-technisch nicht veraltetes Produkt steht ein zweiter Absatzkanal zur Verfügung. Nur dann lohnen sich die Aufwendungen für das Lancieren einer zweiten Variante.

---

<sup>1</sup> Zum traditionellen Produktlebenszyklus Kotler, S.354f.

<sup>2</sup> Von den befragten Markenartikelherstellern gaben 47.5% an, der zweigleisige Vertrieb erlaube ihnen, sonst ungenutzte Kapazitäten auszulasten. S. § 18 C II.2.a).

## II. Verlängerung des Produktlebens

Je nachdem, von welchem Produktlebenszyklus man ausgeht, kann ein zweigleisiges Vertriebssystem unter zwei Gesichtspunkten eingesetzt werden, um den Absatz eines Basisprodukts zu fördern:

### 1. Traditioneller Produktlebenszyklus

Der Produktlebenszyklus der traditionellen Lehre wurde aus der aus der Betrachtung des biologischen Einzel Lebens gewonnen. Gemäss diesem Produktlebenszyklus gerät ein Produkt früher oder später in eine Phase abnehmender Marktanteile und schrumpfender Gewinne, an deren Ende es vom Markt verschwinden wird.

Wenn der Anbieter sein Produkt aber in dieser Phase für technisch noch nicht überholt hält, kann er es zusätzlich unter einer neuen Marke lancieren, um einen neuen Lebenszyklus einzuleiten. Dies führt zu einer sukzessiven Produktdifferenzierung mit einem vorübergehenden zweigleisigen Nebeneinanderbestehen der alten und der neuen Angebotsformen<sup>3</sup>.

### 2. Produktevolution und -diversifikation

Wenn wir von den sich vielfältig verästelnden Entwicklungslinien einer zoologischen Gattung oder eines biologischen Kollektivs, etwa einem Wald oder einer Herde, ausgehen, gelangen wir zu einer viel komplexeren Form des Produktevolutionszyklus<sup>4</sup>, bei dem schwindende Marktanteile nicht das Absterben, das Ende des Produktlebens bedeuten, sondern u.U. zu einer evolutionären Produktdifferenzierung führen können. Diese Produktevolution ist verbunden mit einer stärkeren Differenzierung, grösserer innerer Komplexität und erhöhter Formendiversifizierung des Produkts. Das Sortiment wird mit dem Ziel verbesserter Effizienz i.S. einer erhöhten Anpassung an vorgefundene Bedingungen erweitert, differenziert und regeneriert. Dabei stellt die Einführung eines zweigleisigen Vertriebssystems eine Spezialform der Differenzierung dar, bei der nicht das Basisprodukt, sondern nur

3 Neumann, Wettbewerbstheorie, S.152, führt Beispiele aus dem Pharmabereich an, bei denen die grundsätzlich gleiche chemische Substanz in anderer Verpackung und mit neuem Namen als "verbesserte Neuerung" angeboten wird. Dadurch versuche der Pharmahersteller, sein Image eines besonders forschungs- und entwicklungsintensiven Unternehmens aufrechtzuerhalten, ohne tatsächlich derartige Anstrengungen und Aufwendungen vorzunehmen und ohne echte Risiken des Neuerers einzugehen.

4 Dazu C.Merle Crawford, Business looks to wrong Life Cycle from Biology, JoCM Vol.1 No.3 (1984), S.5-11; Gerald J.Tellis, C.Merle Crawford, An Evolutionary Approach to Product Growth Theory, JoM 45 (Fall 1981), S.125-132.

Produktelemente im Bereich der Zusatzleistungen und die Markierung verschieden ausgestaltet werden.

### III. Ueberbrückung periodischer Absatzschwankungen

Absatzschwierigkeiten können auch bloss vorübergehend, z.B. saisonal bedingt sein. Eine generelle Preissenkung der Erstmarke kommt wegen der Schwierigkeit, den Preis später wieder zu heben, nicht in Frage. In diesen Fällen dient eine zweite Variante als willkommener Absatz-Lückenfüller<sup>5</sup>.

## B Sortimentpolitik

### I. Allgemeines

Der zweigleisige Vertrieb bildet einen Spezialfall der Sortimentsdifferenzierung im Rahmen der Produkt-Programmpolitik oder Sortimentspolitik des Anbieters.

### II. Betriebswirtschaftliche und strategische Motivation

Wir unterscheiden im Rahmen der Sortimentspolitik zwischen betriebswirtschaftlich und strategisch motiviertem zweigleisigem Vertrieb.

Beim **betriebswirtschaftlich** motivierten zweigleisigen Vertrieb<sup>6</sup> stehen die einzelproduktbezogenen Aspekte im Vordergrund. Jede Variante soll für sich einen positiven Ertrag erwirtschaften. Erreicht eine der Varianten die Gewinnzone nach einer Einführungsphase nicht, wird sie wieder aus dem Angebot gezogen.

Im Falle des **strategisch** motivierten zweigleisigen Vertriebs werden gesamtangebotsbezogene Ziele angestrebt: Eine Variante, meist die preis- und imagemässig tiefer eingestufte, wird dazu eingesetzt, Image und Ertrag der höherstehenden zu stabilisieren und sie aus dem Preisdruck und -kampf (Rabatte, Preis-Aktionen, generelle Preissenkungen) herauszuhalten. Oder sie dient dazu, die Produktpalette zu erweitern, um alten oder neuen Konkurrenten keine Marktlücken offen zu lassen

---

<sup>5</sup> Dazu Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.13 und u. § 4 C.2.

<sup>6</sup> Unterscheidung nach Höhl, S.122f., 202.

und dem Handel ein geschlossenes Sortiment anbieten zu können (Erhöhung der Markteintrittsschranken). Beim strategisch motivierten zweigleisigen Vertrieb muss die zweite Marke selbst keinen Gewinn einbringen, sondern den mit der Erstmarke erzielten Gewinn erhöhen oder stützen.

### III. Auf Deckungsbeiträge ausgerichteter zweigleisiger Vertrieb

Zwischen dem betriebswirtschaftlich und dem strategisch motivierten zweigleisigen Vertrieb steht der auf Deckungsbeiträge ausgerichtete zweigleisige Vertrieb: Wenn das Basisprodukt in der angestammten Vertriebsform befriedigende Erträge erwirtschaftet, mag es dem Unternehmen u.U. genügen, wenn die neue Angebotsform einen positiven Deckungsbeitrag erwirtschaftet, d.h. wenn der mit ihr erwirtschaftete Ertrag grösser ist als die damit verbundenen variablen Kosten<sup>7</sup>.

Aber der Anbieter muss den Vorteil dieses zusätzlichen Ertrags gegen den Nachteil abwägen, dass die tieferpreisige Marke die Position des höherpreisigen Artikels im Absatz gefährden kann<sup>8</sup>.

## C Produktionsrationalisierender zweigleisiger Vertrieb

### I. Spezialisierung mit Kollegenlieferung

Für eine Gruppe von Produzenten relativ homogener Güter kann es wegen der Produktionsgrössenvorteile wirtschaftlich sinnvoll sein, wenn jeder Produzent nur einen Produkttyp herstellt und die Konkurrenten damit beliefert. So kann sich jeder auf die Produktion einer Spezialität konzentrieren und dennoch ein vollständiges Sortiment unter seiner jeweiligen Marke anbieten<sup>9</sup>. Dies ist vor allem dann interessant, wenn jeder von ihnen über eine starke eigene Marke und ein eigenes, markenexklusives Vertriebssystem verfügt. Diese Form der Produktionsrationalisierung führt dazu, dass jeweils von einem Hersteller fabrizierte Produkte unter verschiedenen Herstellermarken angeboten werden. Die beteiligten Marken haben meist ein ähnliches Image und eine vergleichbare Marktstärke.

7 Dafür, dass diese Form des zweigleisigen Vertriebs relativ häufig ist, spricht der geringe Umsatzanteil, den er bei den meisten Markenartikelherstellern einnimmt: ca. 50% der Befragten erwirtschaften mit Handelsmarken, Zweitmarken oder markenlosen Produkten weniger als 10% ihres Umsatzes. S. § 18 C II.5.

8 S. § 6 D II.2.

9 Produktionsrationalisierender zweigleisiger Vertrieb, verbunden mit Spezialisierungsabrede oder -kartell mit Kollegenlieferung, vgl. Fikentscher, Wirtschaftsrecht Bd.II, S.278f.; Immenga/Mestmäcker, § 5a RN 17,19.



Diese Form des zweigleisigen Vertriebs wird vor allem bei ausgeprägt serviceabhängigen Gütern mit starker Attraktionskraft der Marken durchgeführt<sup>10</sup>. Die Spezialisierung mit Kollegenlieferung dient im Regelfall nicht zur aktiven Marktsplaltung, sondern zur Aufrechterhaltung bestehender Teilmärkte.

## II. Produktionskonzentration

Eine andere Form des distributionsrationalisierenden zweigleisigen Vertriebs besteht darin, dass ein bestimmtes Produkt nur von einem Hersteller in grossen Serien fabriziert wird, der eine Reihe von andern Herstellern damit beliefert. Diese Abnehmer verkaufen die Produkte unter ihrer eigenen Marke unverändert weiter oder fügen einem halbfertigen Basisprodukt ihre Zusatzleistung bei, ohne es in der Substanz zu verändern.

Den produktionskonzentrierenden zweigleisigen Vertrieb findet man vor allem in Produktbereichen mit extremen Produktionsgrössenvorteilen und gleichzeitig für die Käuferpräferenzen wichtigen Zusatzleistungen<sup>11</sup>. Häufig werden technische Produkte als Bestandteile von komplexeren technischen Strukturen jeweils unter der Marke des Gesamtleistungsanbieters vertrieben, um so von dessen Marktstellung profitieren zu können<sup>12</sup>.

## III. Produktionsdiversifikation

Bei der Produktionsdiversifikation wird ein Produkt nach einheitlichen Herstellungsvorschriften von verschiedenen Produzenten fabriziert, aber unter einer gemeinsamen Verbandsmarke oder unter der Marke eines Grossverteilers in den Verkauf gebracht.

- 
- 10 Bekannt sind die Beispiele bei Haushaltgeräten wie Waschmaschinen, Kühlschränken, Gefriertruhen (Vgl. Coop Consumers, Nr. 4, 1981, S.12; Studie von Henning-Bodewig/Kur; Test, September 1979, S.8, Juni 1980, S.6, November 1981, S.18.) sowie bei landwirtschaftlichen Maschinen wie Traktoren, Mähmaschinen etc. Ähnlich ist die Lage auf dem Benzinmarkt sowie im Bereich der Unterhaltungselektronik (Video, CD-Player, Tonbandkassettengeräte etc.). Produktionsrationalisierender zweigleisiger Vertrieb wird vor allem von Produzenten in den Branchengruppen 2 und 5 durchgeführt (s. § 18 C 2.), in denen der zweigleisige Vertrieb mit 80% und 78% überdurchschnittlich häufig ist.
- 11 Z.B. wird die Polymerisation von hochpolymeren Isolierplatten und die Lagerung durch einen Hersteller vorgenommen (Wannerit, Biltan), während die Konzeption des mehrschichtigen Gebäudeisoliervorgangs und das Anbringen am Bau den verschiedenen sog. Systemhaltern übertragen ist.
- 12 Anti-Blockier-Systeme bei Personenwagen, Basisstrukturen in Geräten der Unterhaltungselektronik, Ventilatoren in Belüftungsanlagen etc.



Die Produktionsdiversifikation kann dadurch begründet sein, dass leicht verderbliche Konsumprodukte (Glacé, Milchprodukte, Würste) von regionalen Herstellern produziert, aber unter einer einheitlichen, überregionalen Marke vertrieben werden. Die Produktionsdiversifikation befriedigt aber auch das Bedürfnis eines Absatzmittlers, nicht von einem einzelnen Produzenten abhängig zu werden.

Die diversifizierte Produktion ist häufig mit einem zweigleisigen Vertrieb verbunden, weil die Produzenten dasselbe Produkt auch noch unter ihrer eigenen, nur in ihrem regionalen Bereich verwendeten Marke vertreiben.

## § 4 PREIS- UND ABSATZTHEORETISCHE BETRACHTUNG

### A Monopolistische Marktmodelle

#### I. Allgemeines

Die mikroökonomische Betrachtungsweise beschränkt sich auf eine Marktbetrachtung mit vorgegebenen Marktdaten. D.h. Marktabgrenzung, Anbieterzahl, Produkt, Nachfragerstruktur und -präferenzen sind jeweils vorgegebene Größen, nur Menge und Preis sind variabel.

Derartige statische **Wettbewerbsmodelle** erlauben es, einige Grundfragen des zweigleisigen Vertriebs zu veranschaulichen. Der Erkenntniswert dieser Modelle für die Erklärung der realen wirtschaftlichen Abläufe ist allerdings beschränkt, weil durch Modellannahmen zahlreiche Dimensionen des Wettbewerbsgeschehens ausgeklammert werden<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Zur Bedeutung und Methodik des Modelldenkens in der Oekonomie statt vieler: Hans Albert, Marktsoziologie und Entscheidlogik, Neuwied/Berlin 1967, S.331ff. 373ff., und passim; Günter Hartfield, Wirtschaftliche und soziale Rationalität, Untersuchungen zum Menschenbild in Oekonomie und Soziologie, Stuttgart 1968, S.14ff.; Gerhard Kade, Die Grundannahme der Preistheorie, Berlin/Frankfurt a.M. 1962, S.13ff.; Luhmann, Zweckbegriff, S. 222.

## II. Unterschiedliche Nachfragerpräferenzen

### 1. Fehlen von Nachfragerpräferenzen im Modell des vollkommenen Wettbewerbs

Im Modell des vollkommenen Wettbewerbs sind die Marktteilnehmer über das gesamte Angebot vollkommen informiert und entwickeln keinerlei Präferenzen gegenüber einzelnen der atomistisch vielen Marktpartner, weder aufgrund von Qualitäts- oder Preisunterschieden der Produkte noch aus Gründen der geographischen Lage der Verkaufsstellen oder wegen spezieller persönlicher Kontakte. Die angebotenen Güter sind vollkommen homogen.

Auf einem solchen Markt spielt die Markierung der Ware keine Rolle. Der zweigleisige Vertrieb eines Produkts wäre eine wirtschaftlich sinnlose Strategie.

### 2. Differenzierte Nachfragerpräferenzen

Auf einem unvollkommenen Markt mit unterschiedlichen Nachfragerpräferenzen sind die Produkte nicht homogen, und die Marktakteure haben keinen Ueberblick über den Markt und handeln nicht zweckrational<sup>14</sup>, sondern aufgrund subjektiver **Präferenzen**. Als Mass für die Präferenz betrachten wir die Summe der subjektiv gewichteten Widerstände, die ein Konsument maximal zu überwinden bereit ist, um ein bestimmtes Produkt anstelle eines andern, das er nicht präferiert, zu erhalten. Als Mass für die Nachfragerpräferenz gilt, bei konstantem Beschaffungsaufwand (Zeit, Weg), der Preis.

Der einzelne Anbieter hat in dieser Situation die Möglichkeit, für sein Produkt spezielle Nachfragerpräferenzen zu wecken<sup>15</sup>. Dadurch verkleinert er die Nachfrageelastizität bezüglich seines Produkts, die auf einem vollkommenen Markt unendlich gross ist<sup>16</sup>. U.U. ist es ihm möglich, Varianten seines Produkts unterschiedlichen Präferenzen<sup>17</sup> anzupassen und so auf verschiedenen Teilmärkten anzubieten<sup>18</sup>.

---

14 Schluep, Markenrecht, S.91f.

15 Wir bezeichnen dies als "externe Differenzierung" gegenüber Produkten anderer Hersteller.

16 Domizlaff, Die Gewinnung des öffentlichen Vertrauens, 1951 S.67, 1982 S.118.

17 D.h. Präferenzen unterschiedlicher Intensität und Qualität.

18 "Interne Differenzierung", Bildung von Varianten innerhalb des Produktsortiments des Herstellers.

### **3. Marke und Nachfragerpräferenzen**

#### **a) Positive Nachfragerpräferenzen**

Die Nachfrager verbinden mit bestimmten präferierten Produkten nur dann spezifische Erwartungen und Vorstellungen, wenn sie diese wiedererkennen. Um das Wiedererkennen zu erleichtern, werden die Produkte mit Marken gekennzeichnet. Marken sind darum eine unverzichtbare Voraussetzung für die Bildung von positiven Käuferpräferenzen auf einem Massengütermarkt.

#### **b) Fehlen von positiven Nachfragerpräferenzen**

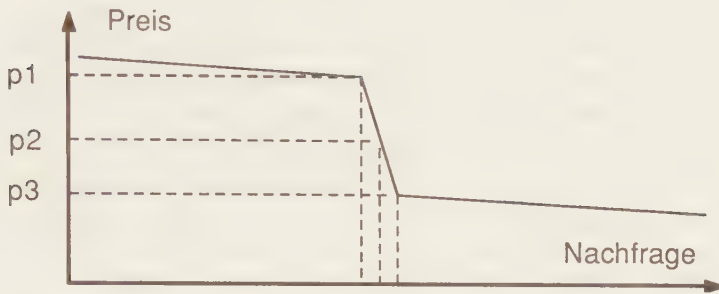
Es gibt allerdings Fälle, in denen der Produzent sein Produkt gar nicht profilieren will. Seine Marketing-Strategie besteht darin, anonyme Massenware auf den Markt zu bringen und so das dieser Art von Produkten offenstehende Nachfragesegment abzudecken. Er bietet dem Konsumenten sein Produkt unter beliebigen eigenen und fremden Marken an, mit denen der Käufer keine speziellen Vorstellungen verbindet. Für den Kaufentschluss sind nicht die Marke, sondern dieselben Gründe massgebend wie beim Kauf unmarkierter Produkte: günstiger Preis und bekannter, anspruchloser Produktaufbau oder unmittelbarer Kontakt mit dem Anbieter. Für diese Form des zweigleisigen Vertriebs gelten, trotz der Verwendung von verschiedenen Marken, die ökonomischen Gesetze der anonymen Produkte.

## **III. Monopolistische Wettbewerbssituation**

### **1. Modell des monopolistischen Wettbewerbs**

Das Modell des monopolistischen Wettbewerbs, das von Sraffa, Chamberlin, Joan Robinson, von Stackelberg u.a. dargestellt worden ist, beschreibt die Absatzsituation eines Anbieters auf einem Markt mit inhomogenen Produkten und unterschiedlichen Nachfragerpräferenzen. Diese Marktsituation lässt sich durch folgende Preis-Absatzkurve darstellen:

Schema I



Wenn der Anbieter den Preis für sein Produkt über eine bestimmte Schwelle erhöht ( $p_1$ ), kaufen alle Nachfrager nur noch Konkurrenzprodukte. Unter einer bestimmten Preisschwelle ( $p_3$ ) kaufen alle Nachfrager sein Produkt. Im Bereich zwischen  $p_1$  und  $p_3$  kann der Anbieter den von ihm verlangten Preis ( $p_2$ ) frei bestimmen<sup>19</sup>.

Die Konsumenten erhalten in einer derartigen Marktsituation weniger Produkte und bezahlen mehr dafür als bei vollkommener Konkurrenz. Aber sie haben die Wahl zwischen differenzierten Gütern, für die sie spezifische Präferenzen entwickeln. Es bestehen mithin echte Wahlmöglichkeiten und ein Preis- und Qualitätswettbewerb<sup>20</sup>.

## 2. Probleme des Anbieters in einer monopolistischen Angebotssituation

Es ist für den Anbieter nicht vom vornherein erkennbar, ob sein Gewinn wirklich dann maximal ist, wenn er den Preis im Bereich zwischen  $p_1$  und  $p_3$  festlegt. Dies könnte auch unter der Schwelle von  $p_3$  der Fall sein. Aber verschiedene Faktoren halten ihn davon ab, diese Möglichkeit auszuprobieren: Er müsste seine Produktion massiv ausdehnen, ohne Gewähr zu haben, dass dadurch die Preise nicht ins Bodenlose sinken. Und eine Wiedererhöhung der Preise ist in jedem Fall schwierig, da die Nachfrager in der Regel auf Preiserhöhungen empfindlicher reagieren als auf Preissenkungen<sup>21</sup>.

Dazu kommt, dass das Preisniveau eines Produkts das Produktimage (mit-)beeinflusst, das die Käuferpräferenzen bestimmt<sup>22</sup>. Für viele Konsumenten

19 Grundlegend dazu Gutenberg II, S.233ff.; Kilger, S.272ff.; Schumann, Grundzüge, S.238.

20 Vgl. Schluep, Markenrecht, S.87ff., insb. S.92; Schumann, Grundzüge, S.238f.

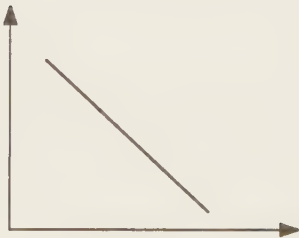
21 In jedem Fall müsste er eine Preissenkung über den Bereich der negativen Grenzgewinne, d.h. über das Verlustmaximum hinaus vornehmen. Dazu Gutenberg, S. 263f.

22 Domizlaff, Die Gewinnung des öffentlichen Vertrauens, 1951, S.51f., 1982, S.98ff.; Rosenstiel/

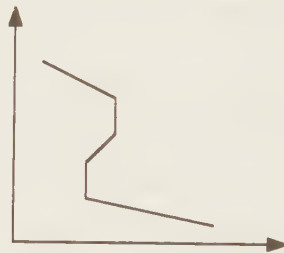
bildet der Preis einen Faktor, der für sie das Produktbild bestimmt. D.h. sie präferieren hochpreisige Produkte um des Preises selbst willen<sup>23</sup> oder weil der Preis in ihren Augen für hohe Produktqualität garantiert<sup>24</sup>. Durch eine Preissenkung verliert das Produkt in den Augen dieser Nachfrager an Attraktivität, weshalb sie zu andern hochpreisigen Produkten wechseln. Im Extremfall stufen die Käufer das Produkt nach der Preissenkung in einer tieferen Qualitätsklasse ein<sup>25</sup>.

Wenn für ein bestimmtes Produkt die Preis-Absatzkurve nicht die erwartete Form von Schema II, sondern von Schema III hat, ist eine Preissenkung für den Anbieter sinnlos<sup>26</sup>.

Schema II



Schema III



Den Gefahren einer Preissenkung für das Produktimage und den Schwierigkeiten, den Preis wieder zu erhöhen, versuchen viele Hersteller durch zeitlich befristete Sonderpreise zu entgehen (zeitliche Preisdifferenzierung). Negative Auswirkungen lassen sich aber nur dann vermeiden, wenn die Sonderpreisperioden zeitlich eng begrenzt bleiben<sup>27</sup>.

Ewald, Marktpsychologie, Bd.II: Psychologie der absatzpolitischen Instrumente, S.67ff. mit Untersuchungen zur Beziehung zwischen dem Preis und der wahrgenommenen Qualität.

23 Snob- oder Veblen-Effekt, benannt nach Thorstein Veblen, Theorie der feinen Leute; zum "demonstrativen Konsum" vor allem S.79ff.

24 Preis als Schlüsselinformation, s. § 6 C II.1.; vgl. auch Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.59f. m.w.H.

25 D.h. die gesamte Nachfragerkurve verschiebt sich nach unten. Eine Wiedererhöhung des Preises auf das alte Niveau ist dann nicht mehr oder nur noch unter extremen Mengen- (und Erlös-)Verlusten zu realisieren.

26 Rosenstiel/Neumann, Einführung in die Markt- und Werbepsychologie, S.89f.

27 Dazu Glinz, Sonderpreisaktionen des Herstellers und des Handels, unter besonderer Berücksichtigung empirisch ermittelter Marktreaktionen im Konsumgütermarkt, Wiesbaden 1978.



### 3. Zweigleisiger Vertrieb im monopolistischen Wettbewerb

Die genannten Probleme kann der Anbieter dadurch vermeiden, dass er die Positionierung seines bisher angebotenen Produkts unverändert lässt und zusätzlich eine anders markierte Produktvariante in einer andern Preisklasse lanciert. Mit der ersten Variante kann er weiterhin eine preis- und imagebewahrende, mit der zweiten aber eine preis- und mengenaggressive Strategie verfolgen<sup>28</sup>. Wenn sich eine Variante als Misserfolg herausstellt, kann er auch nur die zweite weiter anbieten<sup>29</sup>.

## B Oligopolistisches Marktmodell

### I. Anzahl der Anbieter

Im Gegensatz zum polypolistischen vollkommenen Wettbewerb ist auf dem oligopolistischen Markt die Zahl der Anbieter beschränkt.

### II. Oligopolistischer Konformitätsdruck

Die beschränkte Anbieterzahl bewirkt, dass Preis- oder Mengenänderungen eines Anbieters Menge und Preis des Angebots seiner Konkurrenten beeinflussen. Jede offene Angebotsänderung eines Anbieters bewirkt eine unmittelbare Reaktion seiner Konkurrenten<sup>30</sup>. Dieser **oligopolistische Konformitätsdruck** wirkt sich nicht nur auf die Preispolitik aus. Die Anbieter gleichen auch die andern Komponenten ihrer Produkte (Qualität, Aufmachung, Werbung etc.) einander an<sup>31</sup>.

Auf einem unvollkommenen Markt mit oligopolistischer Anbieterstruktur hält zusätzlich zu den unter A genannten Befürchtungen auch die Angst vor unmittelbaren Reaktionen der Konkurrenten den anbietenden Unternehmer von einer Steigerung des Absatzes durch offene Preissenkungen zurück<sup>32</sup>.

---

28 Langfristig gelingt ihm dies nur, wenn er die Absatzstrategien beider Varianten kontrollieren kann.

29 In diesem Fall bildet der zweigleisige Vertrieb einen sanften Uebergang zu einer neuen eingeleisigen Absatzsituation.

30 Gutenberg, S.266, 282ff., zur partiellen Interdependenz S.285; Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.20f. Meffert, S.289f.; Neumann, Wettbewerbstheorie, S.78ff.

31 Diese Tendenz tritt bei Massengütern, aber auch im Dienstleistungsbereich deutlich in Erscheinung. Sie erleichtert die Kartellierung solcher Wirtschaftsbereiche und wird dadurch wiederum gefördert. Vgl. dazu Baudenbacher, S.58f.; Posner, Economic Analysis, S.214.

Die einzige Möglichkeit zur Absatzausdehnung besteht daher im Oligopol oft darin, zu diversifizieren, d.h. auch ausserhalb des traditionellen Absatzbereiches tätig zu werden. Auf dem angestammten Markt können nur verdeckte, d.h. von den Käufern und Konkurrenten nicht als solche wahrgenommene preis- und absatzpolitische Massnahmen vorgenommen werden.

Der zweigleisige Vertrieb bildet eine ideale Form der versteckten Diversifikation: Der Anbieter vertreibt sein Produkt sowohl unter der angestammten als auch unter einer zweiten Marke, wobei diese dem oligopolistischen Druck, unter dem die Erstmarke steht, nicht ausgesetzt ist.

## C Marktspaltung und Produktdifferenzierung

### I. Marktspaltung

#### 1. Grundlagen

Wie wir oben<sup>33</sup> gesehen haben, präferieren die Nachfrager ein Produkt in unterschiedlichem Mass. Die einen sind bereit, dafür mehr zu bezahlen als andere. Wenn der Anbieter den Markt so aufspalten könnte, dass er nur einzelnen Nachfragergruppen mit je gleichen Präferenzen gegenüberstehen würde, könnte er von jeder den Preis verlangen, den diese gerade noch zu zahlen bereit wäre. Dadurch könnte er sowohl eine grössere Menge absetzen als auch seinen Gewinn vergrössern.

#### 2. Methoden

Eine derartige Spaltung des Markts ist bei homogenen Gütern und ungehindertem Informationsfluss (**Markttransparenz**) aber wegen der Möglichkeit, von einer Variante auf die andere auszuweichen<sup>34</sup>, nicht durchführbar<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Zur tatsächlichen und potentiellen Wettbewerbsintensität im Oligopol s. § 8 B III.3.

<sup>33</sup> § 3 A IV.2.

<sup>34</sup> Der "Arbitrage" oder "internen Substitution".

<sup>35</sup> Vgl. Schmid, S.62; H.& M.Jacob, S.11.

Die Käufergruppen müssen also durch spezielle Massnahmen gegeneinander abgeschottet werden. Bei einer erzwungenen, **direkten Marktspaltung** hat der einzelne Nachfrager nur zu einer Variante Zugang; bei einer offenen, **indirekten Marktspaltung** stehen die verschiedenen Angebote allen Nachfragern zur Verfügung<sup>36</sup>, die ihre Wahl selbst treffen<sup>37</sup>.

### 3. Unterschiedliche Markierung als Mittel der indirekten Marktspaltung

Die hier untersuchte Produktdifferenzierung gegenüber Endabnehmern durch unterschiedliche Markierung beruht darauf, dass die Nachfrager zwischen den verschieden markierten Varianten wählen können (indirekte Marktspaltung)<sup>38</sup>.

Verschiedene Marken, verbunden mit einer unterschiedlichen Werbebotschaft, einer andern Aufmachung, geben bestimmten Produkten eine neue Identität, "transformieren vom technisch-rationalen Standpunkt aus betrachtet homogene Waren in absatzpolitisch heterogene"<sup>39</sup>. Dies wirkt sich vor allem in den Produktkategorien aus, in denen objektive Qualitätskriterien, nach denen die Konsumenten die Produkte beurteilen, unbestimmt oder nur schwer erkennbar sind. Die Markenbeurteilung ersetzt in solchen Fällen die Warenbeurteilung als Entscheidungsfaktor<sup>40</sup>. In andern Fällen begleitet die unterschiedliche Markierung die Differenzierung von andern Produktelementen, z.B. Angebotsform, Service etc. Die unterschiedliche Markierung von Produktvarianten als Mittel der indirekten Marktspaltung setzt bei den Konsumenten in jedem Fall ein **Markenbewusstsein** voraus, d.h. die bewusste Unterscheidung der Produkte einer Produktgattung nach der Marke<sup>41 42</sup>.

---

36 Dazu Ralph Cassidy jr., Techniques and Purposes of Price Discrimination, JoM 11 (1946-47), S.135-150.

37 "Teilmärkte ... , in die sich die Käufer freiwillig einordnen" (Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.5.)

38 Bei der direkten Marktspaltung ist die unterschiedliche Markierung nur eine begleitende Massnahme.

39 Priemer, S.63. 42% der befragten Markenartikelhersteller hoffen, mit dem zweigleisigen Vertrieb neue Absatzkanäle bedienen zu können, ohne die eigene Position in den alten zu gefährden. S. § 18 C II.2.a).

40 Dazu Schluep, Markenrecht, S.91f.; Höhl, S.23.

41 Dazu § 6 C II.1.

42 Das subjektive Recht an den verschiedenen Marken kann bei demselben Anbieter (sog. Zweit- od. Kampfmarkenstrategie) oder bei verschiedenen Anbietern liegen. Beim produktionsrationalisierenden zweigleisigen Vertrieb (§ 3 C, vor allem I und II) sind dies Konkurrenten, meist aber gehören sie verschiedenen Marktstufen an: Das Nebeneinander von Hersteller und Handelsmarken bildet mit 90% die wichtigste Fallgruppe des zweigleisigen Vertriebs. 33% verwenden eine eigene Zweitmarke, nur 10% vertreiben ihr Produkt auch noch markenlos. S. § 18 C II.1.

Es ist zu beachten, dass der zweigleisige Vertrieb nur in Ausnahmefällen als Mittel zur maximalen Ausbeutung einer Monopolstellung durch willkürliche Marktspaltung verwendet wird<sup>43</sup>. Marktmacht des Anbieters und vorbestehende monopolistische Absatzsituation bilden keine Voraussetzung für seine Durchführung<sup>44</sup>.

#### 4. Gefahren der Marktspaltung

Es besteht trotz unterschiedlicher Markierung die Gefahr, dass die Käufer von der teureren zur eigenen billigeren "Konkurrenzmarke" abwandern<sup>45</sup>.

Zusätzlich droht u.U. eine Image-Erosion: Möglicherweise kannibalisiert die später eingeführte, image- und preismässig tiefer eingestufte Marke das Image der Erstmarke, so dass die bisherigen Käufer des höher eingestuftes Produkts zu Konkurrenzprodukten abwandern, die exklusiv nur in dieser Form angeboten werden. Dieser Vertrauens- und Goodwill-Verlust kann sich u.U. auf das gesamte Angebot des zweigleisig vertreibenden Anbieters ausdehnen.

Um diese Gefahren zu vermeiden, sind die Anbieter oft dafür besorgt, dass der Preisunterschied (auch bei verdecktem zweigleisigem Vertrieb) durch eine deutliche Verschiedenheit der Produkte im Bereich des Zusatznutzens motiviert erscheint<sup>46</sup>.

#### 5. Unterschiedliche Markierung bei vorbestehender Marktspaltung

Es gibt auch Teilmärkte, die der Hersteller nicht alle mit einem einheitlich markierten Produkt erreichen kann, obwohl auf ihnen dieselbe Art und Intensität der Nachfrage besteht.

Dafür sind verschiedene Gründe denkbar:

<sup>43</sup> Anders Scheider S. 143

<sup>44</sup> Von den befragten Markenartikelherstellern mit einem jährlichen Umsatz unter Fr. 10 Mio. vertreiben 100% ihr Produkt zweigleisig, von denjenigen mit einem Umsatz über Fr.100 Mio. nur 50%. S § 18 C I.4.

<sup>45</sup> "Interne Substitution", dazu Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.13f.

<sup>46</sup> Die PROMARCA, der Verband der Markenartikelhersteller, empfiehlt darum ihren Mitgliedern im 10. der "10 Grundsätze des Markenartikels", Produkte, die unter Handelsmarken vertrieben werden, immer mit objektiven Qualitätsunterschieden von den unter Herstellermarken verkauften abzuheben.

- Ein Unternehmen, das einen Konkurrenten aufgekauft und dessen Produktionsanlagen stillgelegt hat, verwendet die mitgekauft Marke weiter, um die traditionelle Marktstellung dieser Marke zu bewahren<sup>47</sup>.
- Der Unternehmer benutzt die unterschiedliche Markierung desselben Basisprodukts, um auf dem betreffenden Markt den Anschein eines funktionierenden Wettbewerbs aufrecht zu erhalten.
- Die unterschiedliche Markierung ist mit einer Vertriebswegdifferenzierung, entweder einem selektiven Vertrieb oder einer Vertriebswegspaltung<sup>48</sup> verbunden. Die Marktsplaltung beruht auf den unterschiedlichen Vertriebswegen, nicht auf der verschiedenen Markierung.

## II. Produktdifferenzierung

### 1. Produktdifferenzierung und unterschiedliche Zusatzleistungen

#### a) Produktdifferenzierung

Produktdifferenzierung wird definiert als die planmässige Veränderung von Komponenten eines Wirtschaftsgutes - in unserem Fall der Marke - mit dem Zweck, das aus diesem Prozess entstehende neue Produkt vom (eigenen oder fremden) Ursprungsprodukt abzuheben, ohne dieses sofort zur verdrängen oder dadurch eine grundsätzliche Aenderung des originalen Verwendungszwecks herbeizuführen<sup>49</sup>.

#### b) Unterschiedliche Zusatzleistungen

Die Nachfrager entwickeln für verschiedene Produktvarianten unterschiedliche Präferenzen, wenn diese mit unterschiedlichen Zusatzleistungen verbunden sind, d.h. wenn sie einen unterschiedlichen Bedarf decken<sup>50</sup> und einen unterschiedlichen (Zusatz-)Nutzen stiften<sup>51</sup>. Dies ist bei Varianten eines Basisprodukts der Fall, die mit unterschiedlichen Zusatzleistungen verbunden sind.

---

47 Sog. historische Marke, **Traditionsmarke**. Daher spricht man auch von Traditionsnachfrage; Höhl, S.52. Beispiele gibt es auf dem Bier- und Schokolademarkt.

48 S.u. C II.3.

49 Wilhelm, Hwb., Sp.1706.

50 Wilhelm, Hwb., Sp.1707.

51 Z.B. Ein Industrieleim, der sich auch für Bastelzwecke eignet, ein Lebensmittelprodukt auf dem allgemeinen food-Markt, das auch speziellen Speisevorschriften genügt und in Reformhäusern, koscheren Geschäften o.ä. verkauft werden kann, ein Produkt, das einmal zum Eigengebrauch, ein anderes Mal als repräsentatives Geschenk gekauft wird. Dazu auch Höhl, S.22f.



Ein Vertrieb von unterschiedlich markierten Produktvarianten zu unterschiedlichen Preisen ist aber auch ohne unterschiedliche Nutzenstiftung möglich, wenn eine Preisdifferenz zwischen den Varianten nicht ausgeglichen wird, weil wegen der durch die unterschiedliche Markierung gesenkten Markttransparenz keine interne Substitution erfolgt.

## 2. Nutzen der Differenzierung

### a) Angebotsdifferenzierung im allgemeinen

Bei differenzierter Betrachtung gliedern sich die Nachfrager einer Produktart in einzelne Gruppen, die ein bestimmtes Gut verschieden nutzen wollen, damit andere Vorstellungen verbinden und dafür eine unterschiedliche Zahlungsbereitschaft, d.h. unterschiedliche Präferenzen aufweisen. Ziel der Produktdifferenzierung ist es, jeder Gruppe von Nachfragern ein Produkt anzubieten, das den jeweiligen Präferenzen optimal entspricht<sup>52</sup>.

Dadurch kann der Anbieter die Produktvarianten mit angepassten Zusatzleistungen zu Preisen absetzen, die durchschnittlich höher sind als bei einer einheitlichen Angebotsform. Und die Nachfrager erhalten Produktvarianten, welche besser auf ihre Ansprüche und Vorstellungen abgestimmt sind.

Durch diese Preisdifferenzierung wird zumindest ein Teil der Produktion unter dem vorbestehenden Preis verkauft. Dies kann bewirken, dass sich eine bisher eingefrorene Preisstruktur aufzulösen beginnt, d.h. das ganze Preissystem langfristig sinkt, ohne dass die Absatzsituation des Anbieters durch sofortige Reaktionen der Konkurrenten gefährdet wird. U.U. hat die damit verbundene Produktionsausdehnung auch eine Senkung der Durchschnittskosten zur Folge<sup>53</sup>, was ebenfalls zu einer allgemeinen Preissenkung führen kann.

### b) Speziell bei asymmetrischen Marktstrukturen

Es ist denkbar, dass die ideale Marktstruktur aufgrund der technischen Gegebenheiten im Produktionsbereich eine geringe Anzahl von Marktakteuren verlangt, aufgrund der Wettbewerbssituation gegenüber den Abnehmern dagegen eine

52 71% der befragten Markenartikelhersteller gaben als Grund für ihren zweigleisigen Vertrieb an, man erreiche dadurch neue Konsumentengruppen/Käuferschichten, ohne die alten zu verlieren. S. § 18 C II.2.a).

53 Dazu H.& M.Jacob, S.10; auch Höhl, S.47; Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.10.

grosse Zahl von Angebotsformen<sup>54</sup>. In diesem Fall erlaubt der zweigleisige Vertrieb den Produzenten, durch die Produktion von grossen Stückzahlen des Basisprodukts den Produktionsgrössenvorteil ("economy of scale") auszunützen und gleichzeitig ihren Abnehmern eine Palette von Produktvarianten mit unterschiedlichen Zusatzleistungen anzubieten<sup>55</sup> <sup>56</sup>. Der zweigleisige Vertrieb stellt bei asymmetrischen idealen Marktstrukturen einen Ausgleich her zwischen den Vorteilen von Produktionskonzentration und Angebotsvielfalt<sup>57</sup> und macht dadurch stabile Marktstrukturen, stabile Preise und eine optimale Marktversorgung erst möglich<sup>58</sup>.

### 3. Kosten der Differenzierung

Jede Produktdifferenzierung ist mit Kosten verbunden, die durch Umstellung der Produktion, Fabrikation in kleineren Serien, Einführung auf dem Markt etc. bedingt sind. Die Produktdifferenzierung mittels unterschiedlicher Markierung<sup>59</sup> stellt in diesem Zusammenhang insofern einen idealtypischen Fall dar, als die Herstellungskosten für alle Varianten identisch sind<sup>60</sup>. Wenn die Kostenstrukturen differieren, dann nur aufgrund unterschiedlicher Absatz- und Marketingkosten.

## III. Formen der Differenzierung

### 1. Verschiedene Differenzierungselemente

Differenzierbar sind alle Produktelemente, die durch den Anbieter bestimmt werden können. Im Vordergrund stehen Produkt (i.e.S.), Preis, Vertriebssystem und Werbung, die zusammen den Marketing-Mix bilden. Wir sprechen darum im folgenden von **Preisdifferenzierung**, **Produktdifferenzierung**, **Vertriebswegdifferenzierung** und **Kommunikationsdifferenzierung**.

---

54 Im zweistufigen Markt kann diese Asymmetrie auch zwischen der Rolle der Absatzmittler als Nachfrager auf der ersten Marktstufe und derjenigen als Anbieter auf der zweiten Stufe bestehen.

55 Baumol et.al., Contestable Market, S.364.

56 Der zweigleisige Vertrieb stellt bis zu einem gewissen Grad einen Ausweg aus dem Dilemma zwischen der kostenoptimalen Produktionsmenge und dem wettbewerbsoptimalen Grad an Produktdifferenzierung und der Wahlfreiheit der Abnehmer dar.

57 Baumol et.al., Contestable Market, S.475.

58 Typisch ist die Situation auf dem Markt für Waschmaschinen und Unterhaltungselektronik mit markenmässig stark differenziertem Angebot und wenigen, hochrationalisierten Herstellern im Produktkernbereich. S. § 2 C.

59 D.h. der zweigleisige Vertrieb.

60 Jacob-Steinorth, S.6.

Je intensiver die Differenzierung zwischen den Produkt-Elementen der beiden Varianten wahrgenommen wird, desto eher lässt sich eine interne Substitution und Image-Erosion verhindern, und desto grösser ist die Marktausweitung<sup>61</sup> und die Ausdehnung des Marktanteils<sup>62</sup> zulasten der Konkurrenten. Halten die Nachfrager dagegen den Preisunterschied nicht für durch eine deutliche Zusatznutzendifferenz gerechtfertigt, und sind sie in der Lage, die Varianten als alternative Mittel zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse wahrzunehmen, so weichen sie auf die preisgünstigere Variante aus<sup>63</sup>.

## 2. Preisdifferenzierung

Die unterschiedlichen Präferenzen der Konsumenten führen häufig, aber nicht zwingend<sup>64</sup>, zu unterschiedlichen Preisen der Produktvarianten<sup>65</sup>. Preisdifferenzierung bedeutet immer Anpassung der Preisstruktur an die unterschiedliche Zahlungsbereitschaft, d.h. unterschiedlichen Präferenzen der Nachfrager

Werden die unterschiedlichen Präferenzen primär durch unterschiedliche Nutzenformen bestimmt, so lässt sich der Markt in Teilmärkte, d.h. in Käufer-Gruppen mit jeweils **gleich grossen Präferenzen**, aufspalten (**Vertikale Preis- und Marktsplaltung**).

Wenn es gelingt, speziell auf den Verwendungszweck einer Nachfragergruppe mit **gleichartigen Präferenzen** abgestimmte<sup>66</sup> Produktvarianten anzubieten, bilden

- 
- 61 Partizipationseffekt: Der Anbieter gewinnt neue Konsumenten, die bisher keine Produkte dieser Klasse kauften.
  - 62 Der Anbieter gewinnt Konsumenten, die bisher Konkurrenzprodukte bevorzugten ("externe Substitution"). Dazu Hermann Sabel, Zur Analyse und Prognose von Partizipations- und Substitutionseffekten bei Produktdifferenzierung auf der Grundlage Markoffscher Ketten, in: Werner Kroebel-Riel (Hsg.), Marketingtheorie, Verhaltensorientierte Erklärungen von Marktreaktionen, Köln 1972, S.273-293.
  - 63 D.h. die Kreuzpreiselastizität zwischen den beiden Produktvarianten ist bis zu einer gewissen Preisschwelle gleich null und nimmt erst, wenn diese überschritten wird, einen positiven Wert an. Die Konsumenteninformation durch Konsumentinnenverbände oder staatliche Instanzen hat das Ziel, die Substitution früher einsetzen zu lassen und damit die Preisunterschiede zwischen den einzelnen Märkten zu verkleinern.
  - 64 Höhl, S.44, sieht ihn prinzipiell als ein Instrument der Preispolitik; wohl ebenso Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.10; Bergau, S.2f.
  - 65 Schneider, S.142. Als Beispiele nennt er Schokolade gleicher Qualität in verschiedenen Packungen. Vgl. auch Skiba, Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik, S.6f., 35ff.; Schmid, S.46; Schultes, S.1f.; Clair Wilcox, Public Policies Toward Business, rev.ed., Homewood Ill., 1960, jeweils m.w.H. Eine erschöpfende Aufzählung der Typen der Preisdiskriminierung findet man bei F. Machlup, Characteristics and Types of Price Discrimination, in: Business Concentration and Price Policy, Princeton 1955.
  - 66 Z.B. als spezieller Schiffslack verkaufter normaler Lack (Alcro-Fall), dazu Bernitz, Brand Differentiation, S.31ff. S. § 12 B IV.2.

sich auf den jeweiligen Teilmärkten aufgrund der unterschiedlichen Präferenzstruktur<sup>67</sup> verschiedene Preise<sup>68</sup>.

Bei einer horizontalen Spaltung werden die Nachfrager nach ihrer Zahlungsbereitschaft, d.h. gemäss ihrer individuellen **Präferenzintensität**, in horizontal geschichtete Käufergruppen zusammengefasst<sup>69</sup> (**horizontale Preis- oder Marktsplattung**). Hier geht es darum, Produktvarianten mit verschiedenem Image in verschiedenen Preislagen nebeneinander anzubieten<sup>70</sup>.

### 3. Vertriebswegdifferenzierung

Zu den differenzierbaren Produktelementen gehört auch der Vertriebsweg<sup>71</sup>. Ob ein Produkt über den Fachhandel oder im Supermarkt verkauft wird, ist entscheidend für die Produkteinschätzung durch den Käufer, weil die Absatzmittler unterschiedliche Zusatzleistungen erbringen. Ob ein Produkt über den Grosshandel an einzelne Detaillisten oder direkt an die Grossverteiler gelangt, beeinflusst wiederum die Preiskalkulation der Absatzmittler.

#### a) Selektiver Vertrieb

Ein selektives Vertriebssystem liegt dann vor, wenn der Produzent ein Produkt gezielt nur über Absatzmittler einer bestimmten Art vertreibt. Wenn er die Produktvarianten unterschiedlich markiert, kann er eine Variante, in der Regel den Hersteller-Markenartikel, den bevorzugten Vertriebsformen vorbehalten (meist dem Fachhandel), der bestimmte Serviceleistungen erbringt und über ein entsprechendes Verkaufsstellenimage verfügt. Häufig schreibt er zusätzlich die Endverkaufspreise und die durch den Absatzmittler zu erbringenden Zusatzleistungen (Produktpräsentation, Beratung, Service etc.) vor. Die andere Variante kann er für die übrigen Absatzmittler (Grossverteiler, Discounter) verfügbar machen.

---

67 Die Präferenzstruktur entspricht der Zahlungsbereitschaft, d.h. der Nachfrageelastizität, welche ihrerseits den Gleichgewichtspreis bestimmt. Zur Relation zwischen Nachfrageelastizität und Gleichgewichtspreis vgl. Schneider, Einführung in die Wirtschaftstheorie, II, S. 40f.; Schumann, Grundzüge, S. 236f.

68 Extrem unterschiedliche Nachfrageelastizitäten und darauf beruhende Möglichkeiten zur Preissplattung bestehen z.B. bei einem Plastikmaterial, das sowohl als industrieller Rohstoff als auch als Zahnfüllungsmaterial verwendet werden kann. So in U.S. et al. v. Rohm & Haas Co., 1948 TC. § 62,334 (E.D.Pa.); s. § 12 B III.2.

69 Dazu H. & M. Jacob, S. 3ff.; Weber, S. 20f.; Schmid, S. 68.; Schumann, Grundzüge, S. 241ff.

70 D.h. neben der Standardausführung eines Produkts wird noch ein Sparmodell, ein Familienmodell und eine Luxusausführung angeboten.

71 Vgl. Höhl, S. 50, 83, 195; Meffert, S. 226.



Selektives Absatzsystem und zweigleisiger Vertrieb bedingen und stabilisieren sich gegenseitig, indem sie die interne Substitution minimieren. Gleichzeitig schützt die zweite Variante mit tiefer eingestuftem Image die Erstvariante vor dem Druck der Massennachfrage, bewahrt ihr das Image einer relativen Exklusivität und trägt dadurch zur langfristigen Stabilisierung dieses Vertriebssystems bei<sup>72 73</sup>.

Zahlreiche Markenartikelhersteller halten getrennte Vertriebswege für eine unverzichtbare Bedingung des zweigleisigen Vertriebs, um eine rasche Erosion der Position der höherpreisigen Marke zu verhindern<sup>74</sup>.

## b) Vertriebswegspaltung

Häufig steht ein bestimmter Vertriebskanal dem mit der Marke des Herstellers versehenen Markenartikel nicht offen; der betreffende Absatzmittler will das Produkt nur unter seiner Handelsmarke in sein Sortiment aufnehmen. Hier ist der Produzent, wenn er nicht auf die nur über diesen Absatzmittler erreichbaren Konsumenten verzichten will<sup>75</sup>, gezwungen, einen zweigleisigen Vertrieb durchzuführen. Dieser zweigleisige Vertrieb wird dem Produzenten durch die Situation auf der Marktstufe der Absatzmittler aufgezwungen.

## c) Sekundäre Vertriebswegdifferenzierung

Von einer sekundären Vertriebswegdifferenzierung sprechen wir dann, wenn die Produktvarianten für sachlich unterschiedliche Bedürfnisse verschiedener Verwendekreise bestimmt sind, die sich in jeweils spezialisierten Geschäften eindecken<sup>76</sup>. Die Vertriebswegspaltung ergibt sich als indirekte, offene Marktpaltung auf der Stufe der Absatzmittler aus der unterschiedlichen Nutzenerwartung der Konsumenten.

72 Vgl. zur Absicherung eines selektiven Vertriebssystems als Funktion des zweigleisigen Vertriebs statt vieler: Stellungnahme der deutschen Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 1981/82, MA 1983, S.412; Wilhelm, Hwb, Sp.1712.

73 S.o. B II.

74 Höhl, S.104.

75 Dazu statt vieler W. Eichenberger, Eigenmarkenherstellung - Umsatzergänzung oder Selbstaufgabe, Markenartikel 1977, S.110-112; H.R. Reeb, Die Rolle des Markenartikels im Handelsmarketing, Markenartikel 1978, S.576-581. Hoppmann, Behinderungsmisbrauch, S.40f. 21% der befragten Markenartikelhersteller gaben an, wenn sie ihr Produkt nicht zweigleisigen vertreiben würden, hätten sie einen wichtigen Abnehmer verloren und einen Umsatzverlust hinnehmen müssen S. § 18 C II 2.a). Immerhin glauben mehr als die Hälfte der Befragten, dass der Anteil ihrer Produktion, den sie unter Handelsmarken vertreiben, in Zukunft gleich bleiben wird. S. § 18 C IV.

76 Allgemeine Farbe - spezielle Schiffsfarbe; Lebensmittel für Privatkonsum - für Konsum in Gaststätten oder Kantinen; Kunststoff für Zahnärzte - zur industriellen Verwendung.



## 4. Kommunikationsdifferenzierung

### a) Allgemeines

Der Kommunikationsprozess zwischen Anbieter und Nachfrager umfasst folgende Elemente:

- Sender (Kommunikator, dies kann der Anbieter oder der Nachfrager sein),
- Botschaft (Communiqué, der ausgetauschte Bedeutungsgehalt),
- Uebertragungsmedium (Kommunikationskanal), sowie
- Zielperson (Kommunikant)<sup>77</sup>.

### b) Direkte und indirekte Kommunikation

Die direkteste Form der Kommunikation zwischen Anbieter und Konsument findet statt, wenn sich diese bei der Uebertragung des Produktes begegnen<sup>78</sup>.

Die moderne Massenproduktions- und Verteilsituation bringt aber eine prinzipiell andere Kommunikationssituation mit sich: Hersteller und Verbraucher begegnen sich nur indirekt durch die Vermittlung der Absatzorganisationen. An der Kommunikation bei der Verkaufsstelle ist nur der Absatzmittler beteiligt. Dem Hersteller stehen ausschliesslich die nicht mit der Verkaufsstelle verbundenen Kommunikationsmittel wie Sprungwerbung<sup>79</sup>, Public Relations-Aktionen<sup>80</sup> und Markierung oder Kommunikationskontrollen wie Preisbindung oder Kontrolle des Angebots Umfelds zur Verfügung. Die Produktmarkierung bildet dabei nicht nur das Identifizierungsmerkmal der Ware für den Konsumenten, sondern in einem umfassenderen Sinn die Klammer zwischen Produkt und Image, Leistungen des Anbieters und Nutzenerwartungen der Nachfrager<sup>81</sup>.

### c) Verschiedene Kommunikationskanäle

---

77 Aehnlich zur Werbung als Kommunikationsprozess Mayer/Däumer/Rühle, Werbepsychologie, S.3f.

78 Auf dem Wochenmarkt, im Verkaufslokal des Grossverteilers, der selbst produziert resp. produzieren lässt.

79 Die vom Produzenten unabhängig vom Absatzmittler betrieben wird.

80 Zu Werbung und Public Relations siehe Mayer/Däumer/Rühle, Werbepsychologie; Blume/Müller, Werbung für Markenartikel; Karl-Ernst Wirtz, Werbung und Marktleistung, Zu einem neuen Anwendungsfeld für kartellrechtliche Wettbewerbsregeln, Schriften zum Wirtschaftsrecht Bd.31, Berlin 1979.

81 Weitere, hier nicht näher betrachtete Marketingfunktionen der Marke führt Kotler, Marketing, 4.A., S.380, an. Speziell zur Marke als Träger des Kommunikationskanals s. § 9 D III.

Der Erfolg eines markierten Produkts beruht darauf, dass im Bewusstsein der Konsumenten ein einheitliches Produktbild geschaffen wird. Wenn divergierende, sich teilweise widersprechende Botschaften<sup>82</sup> in demselben Kommunikationskanal übermittelt würden, hätte dies eine Verunsicherung der Konsumenten zur Folge. Die unterschiedliche Markierung dient dazu, für die divergierenden Botschaften verschiedene Kommunikationskanäle zu schaffen.

## § 5 MARKETINGASPEKTE

Marketing befasst sich mit den Mitteln und Vorgehensweisen, mit denen der Anbieter sein Produkt "zu Markte trägt"<sup>83</sup>. Marketing befasst sich mit der Abstimmung der dem Anbieter zur Disposition stehenden Aktionsvariablen (Marketing-Mix)<sup>84</sup> auf die Nachfragerbedürfnisse und formuliert die Ziele, die durch den Einsatz der Marketing-Elemente erreicht werden sollen. Wir befassen uns unter diesem Titel mit zwei Aspekten des Produktmarketing, nämlich mit der Ausrichtung an unterschiedlichen Konsumentenerwartungen, der **Marktsegmentierung**, und dem Phänomen des **Markenartikels**. Diese beiden absatzwirtschaftlichen Erscheinungen sind eng mit dem zweigleisigen Vertrieb verbunden.

### A Marktsegmentierung

#### I. Grundlagen

Marktsegmentierung beruht auf der Erkenntnis, dass die Nachfrager eines Produkts von diesem die Befriedigung verschiedener, einander z.T. widersprechender, unterschiedlich gewichteter Bedürfnisse erwarten. Darauf reagiert der Anbieter, indem er verschiedene Produktvarianten, die auf unterschiedliche Bedürfnisse abgestimmt sind, anbietet<sup>85</sup>.

82 Unterschiedliches Produktimage, Qualitätsdifferenzen, Verwendungszwecke mit widersprechenden Assoziationsbereichen etc.

83 Zum Begriff des Marketing Kühne, S.38; Hans Raffée/Wolfgang Fritz, Marketing und Wettbewerbsordnung; WuW 36 (1986), S.269-279; Wehrli, Marketing - Zürcher Ansatz, S.12ff.; jeweils m.w.H.

84 § 1 B II 3, und § 4 C III.1.

85 S. § 4 C II.1.

Dazu muss er die verschiedenen Bedürfnisse kennenlernen und Konsumenten mit ähnlichen Bedürfnissen zu einer Konsumentengruppe zusammenfassen. Dieses Vorgehen nennt man **Marktsegmentierung**, definiert als "Aufteilung eines heterogenen Gesamtmarkts in homogene Käufergruppen bzw. Käufersegmente". Jedes Segment soll bezüglich der massgeblichen Produkterwartungen in sich möglichst ähnlich, im Verhältnis zu andern Segmenten möglichst unähnlich sein<sup>86</sup>. Die Segmentierungskriterien, anhand deren der Markt aufgeteilt wird, müssen geeignet sein, das relevante Käuferverhalten zu erkennen und zu beschreiben. Sie müssen die Gliederung der Abnehmer nach ihren (voraussichtlichen) Reaktionen auf die Marketing-Stimuli erlauben<sup>87</sup>.

## II. Segmentierungskriterien

Die Nutzenformen, die wir oben<sup>88</sup> kennengelernt haben, erscheinen hier als Formen der **Produktwahrnehmung**. Dem Grundnutzen und Zusatznutzen entsprechen dabei die individuelle Einschätzung von **Produkteigenschaften** <sup>89</sup> einerseits und die produktbezogene Einstellung, das **Image** <sup>90</sup> andererseits.

### 1. Wahrgenommene Produkteigenschaften

Die Wahrnehmung und Einschätzung der Eigenschaften eines Produkts lässt sich bestimmen, indem man einer Testperson das unmarkierte Produkt zur Beurteilung vorlegt.

86 Bedingung der internen Homogenität und externen Heterogenität. Heymo Böhler, Methoden und Modelle der Marktsegmentierung, Stuttgart 1977, S.7, 1. Definition; Meffert, S.213. Zum Begriff der "Clustered preferences" Kotler, S.254.

87 Zu den Segmentierungsmethoden siehe Kevin J.Clancy and Mary Lou Roberts, A Strategy of Market Segmentation, JoCM 1983, S.64-72; Jürgen Werner, Einstellungen zum Produkt und Einstellungen zum Produktbereich als Grundlage einer Konsumententypologie, Anwendungsbeispiele für einen ausgewählten Produktmarkt, Marketing, ZFP 3/1982 S.157-164; Paul E.Green, A New Approach to Market Segmentation, BH 1977, S.61-73; Dieter Wölm, Marktsegmentierung im Tourismus, Marketing, ZFP 2/1981 S.99-107, speziell 102f.; Shirley Young, Leland Ott and Barbara Feigin, Some Practical Considerations in Market Segmentation, JoMR 15 (Aug.1978), S.405-412, jeweils m.w.H.

88 § 1 B II.3.b).

89 "Individual attribute measurement", dazu Gensch, S.384.

90 Hermann Heemeyer, Psychologische Marktforschung im Einzelhandel: Entwicklung und Test einer operationalen Befragungs- und Auswertungskonzeption, Wiesbaden 1981, S.78, definiert Image als das zu einem Index aggregierte System (subjektiv) gewichteter objektbezogener Eindrücke oder objektbezogener Eindruckswerte (d.h. Grade der wahrgenommenen Eignung zur Bedürfnisbefriedigung). Die neuere Marketinglehre verwendet eher den Begriff der "produktbezogenen Einstellung". Dazu Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.36ff. m.w.H.

## 2. Image

Das Image eines bereits bekannten Produkts wird erkennbar, wenn man der Testperson nur den Markennamen zur Bewertung nennt<sup>91</sup>. Denn die Marke ist Trägerin des Images des Produkts. Bei noch nicht eingeführten Produkten muss das für dieses Produkt anzustrebende Image unter Zuhilfenahme von generellen Produkt-Erwartungen und Käufer-Selbsteinschätzungen bestimmt werden<sup>92</sup>.

Die Image-Bildung vollzieht sich unter dem Einfluss der persönlichen Verhaltens- und Einstellungsmuster sowie von Marketing- und Umfeldfaktoren (Verkaufsstellenimage etc.). Das Image bildet aber eine davon losgelöste "integrierte Ganzheit"<sup>93</sup>.

Wenn die Nachfrager bei einem bestimmten Produkt nicht über allgemein gültige, präzise Qualitätskriterien zur Bewertung der Angebotsvarianten verfügen, wird das Image (und damit die Marke) zum bestimmenden Entscheidungskriterium. Vor allem in solchen Situation ist ein zweigleisiger Vertrieb erfolgreich durchführbar<sup>94</sup>.

## III. Marktsegmentierung und zweigleisiger Vertrieb

### 1. Image als Segmentierungskriterium

Die Einschätzung der (Basis-)Produkteigenschaften von zweigleisig vertriebenen Produktvarianten ist identisch, das Image aber ist (in der Regel) verschieden. Der zweigleisige Vertrieb entspricht deshalb einer Strategie der Marktsegmentierung, die auf dem Image als Segmentierungskriterium beruht.

91 Vgl. Goll, Psychologische Betrachtungen zum Markenartikel, S.535.

92 Vgl. Hans Mayer/Withold H.Galinat, Persönlichkeit und Konsumverhalten, JAV 1979, S.185-203.

93 Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.35ff. m.w.H.

94 Dazu ausführlich Gensch, S.385; Kroeber-Riel/Hemberle/Keitz/Wimmer, Produktdifferenzierung durch emotionale Konditionierung; Joseph T.Plummer, The Concept and Application of Life Style Segmentation, JoM 38/1 (Jan.1974) S.33-37. Zu den Kosten der Marktsegmentierung siehe Meffert, S.226.

## 2. Produktvarianten mit unterschiedlichem Image

Die oben<sup>95</sup> dargestellte horizontale Marktpaltung beruht auf soziodemographischen Faktoren, die sich in unterschiedlicher Kaufkraft äussern. Da aber die traditionelle Einkommensklassenschichtung immer weniger deutlich in Erscheinung tritt und zur Vorhersage des Konsumverhaltens von schwindender Bedeutung ist, gewinnt die vertikale Marktpaltung in einzelne Teilmärkte mit je gleichartigen Präferenzen an Bedeutung. Die Marktsegmentierung erlaubt es, die Marktsegmente der verschiedenen, mit ähnlicher Kaufkraft nebeneinander existierenden Lebensstilgruppen zu bestimmen. Bei einem zweigleisigen Vertrieb kann das Image der einzelnen Produktvarianten abgestimmt werden auf die Anforderungen der einzelnen Marktsegmente, wie sie durch die beschriebenen Methoden der Marktsegmentierung ausgemittelt wurden.

## B Der Markenartikel

### I. Definitionen des Markenartikels

Die verschiedenen in der Literatur vertretenen Definitionen des Markenartikels<sup>96</sup> lassen sich einteilen in solche, welche die **Wareneigenschaften** in den Mittelpunkt stellen<sup>97</sup>, andere, die sich auf die **Vertriebstechnik** konzentrieren<sup>98</sup>, und diejenigen, für die der **Erfolg** entscheidend ist<sup>99</sup>.

Nach der hier verwendeten erfolgsbezogenen Definition ist der Markenartikel ein markiertes Produkt, das eine möglichst grosse Gruppe von Konsumenten als in sich geschlossene Kombination von Qualitäten erkennt, die einen sie befriedigen-

95 § 3 C III.2.b).

96 Grundlegend zum Markenartikelkonzept: Domizlaff, Gewinnung des öffentlichen Vertrauens; Arthur Lisowsky, Wie man ein Markenzeichen prüft, Zürich o.J.; Konrad Mellerowicz, Markenartikel, Die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung, 2.A., München/Berlin 1963; Angehrn, Markenpolitik.

97 Markierung, Qualitätsgarantie, gleichbleibende oder verbesserte Qualität im Zeitablauf (so Bruno Tietz, Marketing, Tübingen 1978, S.233), die der Konsument als durch den Hersteller garantiert empfindet (Höhl, S.22), einheitliche Packung, Normierung der Menge, der Verpackung und des Gewichts (Tietz, S.233), gebundener oder empfohlener Preis (skeptisch Dieter Bader in: Handbuch Marketing, Hsg. Jürgen Koinecke, Bernsbach/Baden 1978, S.208f), direkte Verbraucherwerbung (sog. Sprungwerbung, Gutenberg, II, S.387: "Methoden moderner Werbung"), und allgemeine Verbreitung (Höhl, S.25, Herbert Geiger, Markenartikel und Verbraucher).

98 Erhältlichkeit in allen Regionen und Betriebsformen des Handels, dazu Höhl, S.17ff., 28f. m.w.H.

99 Dazu Schreiner, Dienstleistungsmarke, S.50ff.; Höhl, S. 17ff.; vgl. schon Hesse, Markenformen in der Ernährungswirtschaft, S.113.



den Verwendernutzen gewährleistet. Der Anbieter eines Markenartikels richtet den Einsatz der ihm zur Verfügung stehenden Marketing-Instrumente auf dieses Ziel aus.

## **II. Zweigleisiger Vertrieb und Markenartikel**

Da der Charakter des Markenartikels wesentlich durch bestimmte Zusatzleistungen und das Image bestimmt wird, d.h. Faktoren, die selbständig differenzierbar sind, ist der zweigleisige Vertrieb in praktisch allen Fällen mit einem Markenartikel verbunden: Das Basisprodukt wird auf einem Gleis als Markenartikel vertrieben. Auf dem andern Gleis wird es entweder als (markierte oder unmarkierte) Massenware oder ebenfalls als Markenartikel vertrieben.

## **§ 6 ZWEIFLEISIGER VERTRIEB UND KAUFENTSCHLUSS**

### **A Kaufentschluss und Informationsprozess**

#### **I. Zustandekommen des Kaufentschlusses**

Im folgenden geht es darum, das Zustandekommen des Kaufentschlusses zu analysieren, d.h. zu untersuchen, **wie** der Konsument die ihm angebotenen markierten Produktvarianten als alternative Möglichkeiten zur Befriedigung seiner Bedürfnisse wahrnimmt und zwischen ihnen seine Wahl trifft. Die Motivstruktur, welche den Entscheid materiell bestimmt, soll dabei unerörtert bleiben<sup>100</sup>.

#### **II. Informationsprozess und zweigleisiger Vertrieb**

Bei ausreichend intensiver Informationsbeschaffung und -verarbeitung müsste es dem Konsumenten in jedem Fall möglich sein, die verschieden markierten Produktvarianten als Formen desselben Basisprodukts oder jedenfalls als alternative Möglichkeiten zur Befriedigung seiner Bedürfnisse zu erkennen. Unter diesen Um-

<sup>100</sup> Zu den verschiedenen Motivationstheorien Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.19ff.; Im Oberdorf, S.231ff., jeweils m.w.H.

ständen würde er nach dem Wirtschaftlichkeitsprinzip, die kostengünstigere Variante wählen, es sei den, dass unterschiedliche Zusatzleistungen einen Aufpreis rechtfertigten.

Da der Konsument die Varianten des zweigleisigen Vertriebs offensichtlich nicht, jedenfalls nicht regelmässig, als Alternativen der Bedürfnisbefriedigung erkennt, stellen sich folgende Fragen: Warum sucht und nutzt der Konsument nicht alle verfügbaren Informationen über ein Produkt, die es ihm erlauben würden, das identische Basisprodukt hinter den verschiedenen Produktvarianten zu erkennen? Warum nimmt er die Produktvarianten überhaupt nicht als alternative Möglichkeiten zur Befriedigung seiner Bedürfnisse wahr<sup>101</sup>? Aufgrund welcher Kriterien entscheidet sich der Konsument für eine bestimmte Variante?

### III. Elemente des Informationsprozesses

Der Informationsprozess wird in folgende fünf Phasen gegliedert: Wahrnehmung von Informationslücken, Informationsbeschaffung, Informationsspeicherung, Informationsverarbeitung und Informationsweitergabe<sup>102</sup>.

Die Frage, welche der verfügbaren Produkte der Konsument in seine Wahl einbezieht, entscheidet sich in der Phase der Informationsbeschaffung. Die Entscheidung, auf welches von mehreren in Betracht gezogenen Produkten seine Wahl fällt, trifft er in der Phase der Informationsverarbeitung.

---

101 Dies wäre auch ohne Erkennen des identischen Basisprodukts möglich.

102 Dazu Silberer, Das Informationsverhalten des Konsumenten beim Kaufentscheid - Ein analytisch-theoretischer Bezugsrahmen.

## B Beschaffung und Nutzung von Informationen

### I. Intensität der Informationsbeschaffung und -nutzung

#### 1. Determinanten der Suchintensität

In der Literatur werden folgende Faktoren<sup>103</sup> genannt, welche die Intensität der Informationsbeschaffung und -nutzung der Konsumenten bestimmen: Das Risiko, das der Konsument subjektiv als mit dem Kaufentscheid verbunden wahrnimmt<sup>104</sup> (**Risikothoretischer Ansatz**), die Komplexität der Situation und der Informationen<sup>105</sup>, mit denen der Konsument konfrontiert ist<sup>106</sup> (**Komplexitätstheoretischer Ansatz**), das Engagement des Konsumenten, d.h. die Intensität der Beziehung zwischen dem mit dem Entscheid verbundenen Stimulus und den zentralen Werten der Persönlichkeit<sup>107</sup> (**Involvement-Konzept**) und der Grad an subjektivem Wissen der Person über die in Frage stehenden Produkte<sup>108</sup> (**Produktvertrautheit**).

Alle genannten determinierenden Faktoren werden unter dem Begriff der **Situationskomplexität** im weiteren Sinn zusammengefasst. Sie wird durch die subjektive Wichtigkeit des Kaufs und die damit verbundenen wahrgenommenen (negativen) Risiken und (positiven) Chancen<sup>109</sup> bestimmt.

#### 2. Informationskomplexität

Die Informationskomplexität wird durch die Anforderungen bestimmt, welche die einzelnen Informationsquellen an die kognitiven Fähigkeiten der Konsumenten stellen<sup>110</sup>.

- 
- 103 Auf diese soll hier nur insoweit eingegangen werden, als sie zur Erklärung des zweigleisigen Vertriebs beiträgt. Für Details s. Katz, Informationsquellen der Konsumenten; Kroeber-Riel, Konsumentenverhalten, 2. A., München 1980; Rosenstiel/Ewald, Marktpsychologie, Bd.I, S.61ff.; Rosenstiel/Neumann, Einführung in die Markt- und Werbepsychologie; Silberer, Informationsverhalten; Tichelli, Markentreue; jeweils m.w.H.
- 104 Dazu statt vieler: Katz, Informationsquellen, S.128ff.; Kroeber-Riel, Konsumentenverhalten, S.254ff.
- 105 Situationskomplexität im engeren Sinn und Informationskomplexität.
- 106 Dazu Katz, Informationsquellen, S.178ff.
- 107 Dazu Bleicker, Produktbeurteilung, S.139ff.
- 108 Dazu Bleicker, Produktbeurteilung, S.183ff. m.w.H.
- 109 Katz, Informationsquellen, S.176ff.
- 110 Bedingt durch Menge, Vielfalt, Veränderungsrate und syntaktisches und semantisches Niveau der Informationen. Vgl. Katz, Informationsquellen, S.169.

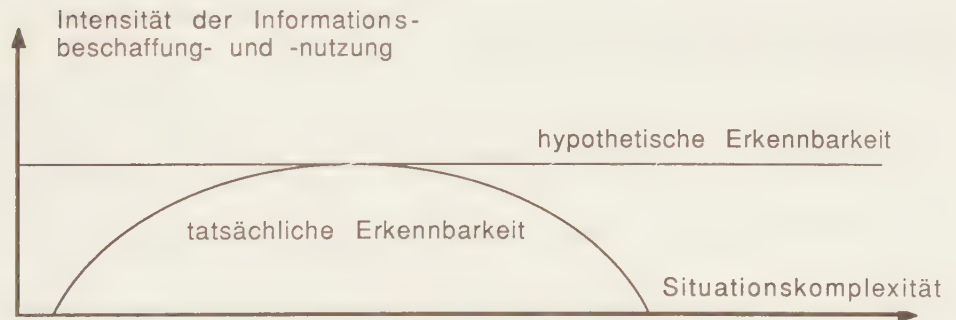
Es ist offensichtlich, dass die technische Grundstruktur eines Produkts eine hochkomplexe Information darstellt. Sie kann selbst in den Fällen, in denen **technische Informationen** über das Produkt leicht erhältlich sind, in der Regel nur mit einigem Aufwand verstanden werden. Ebenso werden auch Testberichte in Konsumenzeitschriften und andere Informationsquellen, welche über die stofflich-technische Identität von Produktvarianten aufklären können, als relativ komplex aufgefasst.

Im Gegensatz dazu ist die **Marke** eine Information mit optimaler Erreichbarkeit und minimaler Komplexität: eine Zeichenfolge, ein Symbol - ein Produkt.

### 3. Zusammenhang zwischen Situationskomplexität und Informationsverhalten

Die Konsumenten benötigen Informationen<sup>111</sup>, um die Komplexität der Situation auf ein entscheidfähiges Mass zu reduzieren. Bezüglich des Zusammenhangs zwischen der Situationskomplexität und der Informationsbeschaffung und -nutzung gehen die Vertreter des komplexitätstheoretischen Ansatzes von einer nicht linearen Funktion in der Form einer nach unten offenen Parabel aus:

Schema IV



Die Intensität, mit welcher die Informationsquellen genutzt werden, steigt mit der Spannung, die der Konsument als Folge des wahrgenommenen Risikos bei einem Kauf empfindet, und mit dem Grad der Kompliziertheit der Entscheidungssituation, bis diese eine bestimmte Schwelle erreicht. Darüber wird die Intensität der Informationsnutzung nicht mehr weiter erhöht, sondern sinkt wieder.

<sup>111</sup> Und ein Verarbeitungsprogramm, s.u.C II.

Dies beruht darauf, dass der Konsument bei wachsender Situationskomplexität mehr Informationen benötigt, um die Situationskomplexität auf ein entscheidfähiges Mass zu reduzieren. Wenn der totale Aufwand für die Bewältigung der Situationskomplexität selbst und die Beschaffung und Nutzung von Informationen die gesamte individuelle Verarbeitungskapazität beanspruchen, ist der Scheitelpunkt der Kurve in Schema IV erreicht. Steigt die Situationskomplexität weiter an, fällt die Kurve wieder, d.h. die für die Informationsbeschaffung und -nutzung verfügbare Kapazität und damit der dafür getätigte Aufwand nimmt wieder ab.

#### 4. Ergebnis

##### a) Informationsverarbeitung durch Individuen

In einer problemlosen Kaufsituation spielen somit Marken und andere Informationen eine geringe Rolle. Erst wenn die Situationskomplexität steigt, beginnen die Konsumenten auf Marken und weitere einfache Informationen zu achten.

Wird die Situation noch komplexer, werden auch "schwierigere" Informationsquellen wie Testberichte, Angaben über die chemische und technische Struktur des Produkts etc. genutzt. Uebersteigt jedoch die Situationskomplexität die kritische Schwelle, nimmt der Konsument wieder zu einfacheren Entscheidungshilfen Zuflucht. Er verlässt sich auf die Produkte, zu denen er wegen der (bekannten) Marke oder des (hohen) Preises Vertrauen empfindet<sup>112</sup>.

Bei niedriger und bei hoher Situationskomplexität ersetzt also die Markenbeurteilung die Warenbeurteilung als Entscheidungsfaktor<sup>113</sup>.

##### b) Informationsverarbeitung durch Unternehmen

Die Informationsverarbeitung von Unternehmen vollzieht sich grundsätzlich nach dem gleichen Prinzip wie bei Einzelpersonen. Aber die Verarbeitungskapazität ist i.d.R. bedeutend grösser und damit auch die Fähigkeit, komplexe Informationen zu nutzen<sup>114</sup>. Die unterschiedliche Markierung als Differenzierungsmittel kann

<sup>112</sup> Dazu o. l.d). Solche Situationen ergeben sich z.B. bei langfristigen, kostspieligen Anschaffungen, bei Heilmitteln im Rahmen der Selbstmedikamentation, bei nicht unmittelbar kontrollierbaren Lebensmitteln mit einem hohen gesundheitlichen Risiko (Babynahrung), bei Produkten mit einem hohen erwarteten Geltungsnutzen (Marken-T-Shirts), bei Waffen zur Selbstverteidigung etc.

<sup>113</sup> Dazu Schluep, Markenrecht, S.92f.; Höhl, S.23.

<sup>114</sup> Dazu sehr optimistisch Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.95. Immerhin werden auch in Unternehmen Entscheide durch Einzelpersonen gefasst, die ebenfalls zu komplexitätsreduzierenden Entscheidungshilfen Zuflucht nehmen.



darum auch bei Produktionsgütern (die meist von Unternehmen nachgefragt werden) eingesetzt werden, spielt in diesem Bereich aber eine geringere Rolle als bei Konsumgütern<sup>115</sup>.

## **II. Informationsverhalten und zweigleisiger Vertrieb**

### **1. Hypothetisch und tatsächlich erkennbare Basisproduktidentität**

#### **a) Grenzen der hypothetischen Erkennbarkeit**

Hypothetisch erkennbar ist ein zweigleisiger Vertrieb immer dann, wenn es dem Nachfrager bei maximaler Intensität der Informationsbeschaffung und -nutzung möglich wäre, die Identität der Basisprodukte bei beiden Varianten aufzudecken. Der Konsument ist dabei auf Hinweise in Konsumentenzeitschriften, Tips aus der Bekanntschaft oder durch den Verkäufer selbst angewiesen. Häufig ist der dafür notwendige Aufwand aber nicht zumutbar, denn die stofflich-technische Grundstruktur eines Produkts ist in der Regel nur mit grossem Aufwand erkennbar und vergleichbar.

#### **b) Grenzen der tatsächlichen Erkennbarkeit**

Aber auch in den Fällen, in denen die Basisproduktidentität hypothetisch erkennbar wäre, wird sie von vielen Konsumenten nicht wahrgenommen, weil die subjektiv wahrgenommene Situationskomplexität zu hoch oder zu niedrig ist, so dass nicht der maximal zumutbare Aufwand für Informationsbeschaffung und -nutzung betrieben wird.

### **2. Hypothetisch und tatsächlich erkennbare Nutzenidentität**

#### **a) Grenzen der hypothetischen Erkennbarkeit**

Hypothetisch erkennbar ist die Nutzenidentität bei einem zweigleisigen Vertrieb dann, wenn es dem Nachfrager bei theoretisch zumutbarer Intensität der Informationsbeschaffung und -nutzung möglich wäre, Varianten als alternative Mittel zur Befriedigung seiner Bedürfnisse zu erkennen. Dies wäre auch dann möglich, wenn die Konsumenten nicht erkennen, dass es sich bei den zweigleisig vertriebenen Produktvarianten um dasselbe Basisprodukt handelt.

---

<sup>115</sup> Darum verwenden wir die Bezeichnungen 'Nachfrager' und 'Konsument' in diesem Teil unserer Untersuchung als Synonyme. S § 2 A II.

Die Schwelle der hypothetischen und tatsächlichen Erkennbarkeit liegt bezüglich der Nutzenidentität höher als bezüglich der Basisproduktidentität, weil der Nutzen, den ein Produkt zu stiften vermag, für den Konsumenten einfacher zu erkennen ist als die stofflich-technische Grundstruktur.

#### b) Grenzen der tatsächlichen Erkennbarkeit

Aber bei zu niedriger und zu hoher Situationskomplexität scheint dem Konsumenten der Aufwand für die Aufdeckung der Nutzenidentität nicht lohnend oder ist ihm nicht zuzumuten. Der Konsument gibt sich mit der Prüfung einer Produktevariante zufrieden - die (hypothetisch erkennbare) Nutzenidentität zwischen den zweigleisig vertriebenen Varianten wird nicht erkannt.

#### c) Fehlende Nutzenidentität

Eine Nutzenidentität besteht allerdings dann nicht, wenn die Produkteinschätzung der Varianten von unterschiedlichen Zusatznutzenerwartungen bestimmt wird. Die Fälle, in denen die differenzierenden Zusatzleistungen im Bereich der wahrgenommenen Produkteigenschaften<sup>116</sup> liegen (Service, Garantie, Verpackung, Sortimentseinheit etc.) brauchen wir hier nicht weiter zu untersuchen. Interessanter sind die Fälle von Imagedifferenzen, insbesondere solche, in denen die Marke selbst einen Nutzen stiftet.

### 3. Die Marke als Produktsymbol

In vielen Fällen im Bereich der mittleren Intensität der Informationsbeschaffung und -nutzung ist die Marke als Imageträgerin<sup>117</sup> und Produktsymbol kaufentscheidend, weil, wie oben<sup>118</sup> geschildert, in relativ einfachen<sup>119</sup> oder komplexen Kaufsituation nur anspruchslöse Informationen gesucht und verarbeitet werden. Und zu diesen gehört die Marke als Produktsymbol. Die kaufentscheidende Wirkung der Marke wird nicht nur durch die vom Konsumenten wahrgenommene Komplexität der Kaufsituation bestimmt, sondern auch durch die Stärke der mit der Marke verbundenen Attraktionskraft. Denn eine Marke, die bei bestimmten Konsumenten sehr bekannt ist und eine starke Attraktionskraft besitzt, vermag bei diesen einen hohen Grad an Komplexität auf ein entscheidfähiges Mass zu reduzieren<sup>120 121</sup>.

116 § 5 A II.1.

117 § 5 A II.2.

118 § 6 B I.1.d).

119 In diesen Fällen wäre immerhin denkbar, das Risikobewusstsein der Konsumenten durch gezielte Massnahmen zu erhöhen. So Rosenstiel/Neumann, Einführung, S.96. Dazu s.u. C II.1., 3.

120 Die Vertreter des komplexitätstheoretischen Ansatzes sprechen vom "**Komplexitätsreduktionspotential**" einer bestimmten Information.

#### 4. Fazit

Dass Varianten desselben Basisprodukts mit und ohne Marken oder unter verschiedenen Marken ohne eindeutige Zusatzleistungen im Bereich der wahrgenommenen Produkteigenschaften nebeneinander zu unterschiedlichen Preisen verkauft werden können, beruht auf folgenden Eigenschaften des Informationsverhaltens der Konsumenten:

- Je nach Komplexität der Entscheidungssituation sucht und benutzt der Konsument unterschiedliche Informationen (Preis, Marke, technischer Betrieb etc.)
- Je nach individueller Verarbeitungskapazität sucht und benutzt der Konsument in einer bestimmten Situation andere Informationen.
- Je nach individueller Verarbeitungskapazität und -struktur<sup>122</sup> hat dieselbe Marke für verschiedene Konsumenten ein unterschiedliches Komplexitäts- reduktionspotential.

In bestimmten Entscheidungssituationen erscheint die Beschaffung und Verarbeitung komplexerer Informationen dem Konsumenten aufgrund einer Kosten-Nutzen-Abwägung nicht lohnend<sup>123</sup>. Der Käufer gibt sich mit einfachen Informationen zufrieden, auch auf die Gefahr hin, dass er aufgrund dieser Informationen nur einen suboptimalen Entscheid fällen kann<sup>124</sup>.

### C Informationsverarbeitung

Um seine persönlichen Bedürfnisse in Verbindung mit den gesuchten und wahrgenommenen Informationen in einer bestimmten Situation in konkrete Kaufentscheidungen umsetzen zu können, muss der Konsument die verfügbaren Informationen psychisch verarbeiten<sup>125</sup>. Dabei kommt der Marke eine zentrale Rolle zu.

---

122 S.u.C.II.

123 "Information overload" - Theorie. Dazu Bleicker, Produktbeurteilung, S. 9ff. m.w.H.

124 Ähnlich Kroeber-Riel, Konsumentenverhalten, S. 257f.

125 Dazu umfassend Kroeber-Riel, Konsumentenverhalten, S.259ff; Bleicker, Produktbeurteilung, passim.

## I. Informationseinheiten

### 1. Allgemeines

Da die menschliche Informationsverarbeitungskapazität<sup>126</sup> beschränkt ist, können nur bestimmte Arten von Informationen verarbeitet werden. Die verfügbaren Informationen müssen also in eine beschränkte Anzahl von psychologisch sinnvollen Informationseinheiten, sogenannten "information chunks"<sup>127</sup>, aufgeteilt werden. Als eine solche handliche Informationseinheit bieten sich in jedem Fall die Marke und der Preis an.

### 2. Schlüsselinformationen

Bestimmten Informationen wird in der Marktpsychologie ein subjektiv erhöhtes Gewicht zugesprochen, sie werden als **typusstiftend** eingestuft<sup>128</sup>. Eine solche Schlüsselinformation kann der Preis, die Marke, das Produktimage, das Verkaufsstellenimage oder das Qualitätsprädikat eines Warentests sein. Der Schlüsselinformation kommt die entscheidende Rolle zu, wenn es darum geht, die Komplexität der Kaufsituation auf ein entscheidfähiges Mass zu reduzieren.

## II. Verarbeitungsprogramme

### 1. Verarbeitungsprogramme und Schlüsselinformation

Verarbeitungsprogramme<sup>129</sup> haben die Aufgabe, die Vielfalt der angebotenen Alternativen anhand eines Vergleichs- und Bewertungskriteriums in eine bestimmte Reihenfolge zu bringen. Dadurch wird für den Konsumenten ein Entscheid zwischen den verfügbaren Produkten erst möglich. Die Verarbeitungsprogramme bestimmen, welche der wahrgenommenen Informationseinheiten zur Schlüsselinformation wird.

126 Bleicker, Produktbeurteilung, S.15ff.

127 Diese Theorie geht zurück auf G.A. Miller, The magical number seven; plus or minus two: Some limits of our capacity for processing information, Psychological Review, Vol.63 (1956), S.81-97. Vgl. dazu Kroeber-Riel, Konsumentenverhalten, S.279; Rosenstiel/Neumann, Einführung, S.164; Silberer, Informationsverhalten, S.38.

128 Rosenstiel/Neumann, Einführung, S.165 und die dort angeführte Literatur.

129 Zum Informationsverarbeitungsprozess Bleicker, Produktbeurteilung, S.28f.; Kroeber-Riel, Konsumentenverhalten, S.271ff.; Rosenstiel/Neumann, Einführung, S.164.

Verarbeitungsprogramme und Schlüsselinformationen variieren je nach Produktbereich, Entscheidungssituation, Verwendungszweck und Persönlichkeit des Konsumenten. In den meisten Fällen steht der Preis oder die Marke als dominierender Faktor<sup>130</sup> im Vordergrund. Das preisbewusste Verhalten entspricht dem, was vom rational handelnden homo oeconomicus erwartet wird. Der Preis ist aber auch ein Produktbildfaktor<sup>131</sup>, weshalb gewisse Konsumenten in bestimmten Situationen die höherpreisige Variante bevorzugen. Der Markentreue liegt die auf der menschlichen Grundhaltung beruhende Neigung zur Vereinfachung, zu habituellem Verhalten und zum Umsetzen des durch Erfahrung Gelernten zugrunde<sup>132</sup>. Andere Konsumenten meiden dagegen allgemein bekannte Markenartikel, weil diese für sie mit den (negativ empfundenen) Ruf des Teuren und Konservativen verbunden sind<sup>133</sup>.

Bildet die bekannte Marke oder der hohe Preis die komplexitätsreduzierende Schlüsselinformation, so ist der Konsument bereit, für das Produkt mit einer bekannten Marke oder einem hohen Preis mehr zu bezahlen. Dieser Mehrpreis bildet die Risikoprämie<sup>134</sup> dafür, dass die Marke oder der hohe Preis für ihn die subjektiv wahrgenommene Komplexität der Entscheidungssituation verkleinern.

Häufig wird die Forderung erhoben, die Konsumenteninformation solle leichter erreichbar gemacht und weniger kompliziert gestaltet werden. Warentests<sup>135</sup> z.B. könnten statt in der Form komplexer Diagramme als Auflistung schlagwortartiger Schlusswertungen präsentiert werden. Aber in einer derart vereinfachten Darstellung träte das als Mittel der Konsumentenaufklärung gedachte Testergebnis als eine andere Schlüsselinformation an die Stelle von Preis oder Marke, was nur zu einer scheinhaften Aufgeklärtheit führen würde<sup>136</sup>.

130) Untersuchungen, die 1979 in Deutschland durchgeführt wurden, ergaben, dass im Konsumgüterbereich 45% der Konsumenten als preisbewusst, 55% als markenbewusst bezeichnet werden können (bei Höhl, S.170; vgl. Herbert Geiger, Markenartikel und Verbraucher, S.231ff.).

Die in § 12 B 4 dargestellte Infratest-Umfrage ermittelte im Themenkomplex I durch eine Serie abgestimmter Fragen, dass 38% der Verbraucher meistens Markenwaren einkaufen. 27% hätten ein "ausgeprägtes, sicheres Markenbewusstsein", weitere 26% seien "noch positiv zur Marke [eingestellt], aber schon teilweise unsicher". Siehe auch Henning-Bodewig/Kur, S.497.

Die Verwendung des Begriffs "Marke" als Synonym für "Markenartikel" im wirtschaftlichen Sprachgebrauch beruht auf diesem weit verbreiteten Markenbewusstsein. Schluep, Markenrecht, S.27; Henning-Bodewig/Kur, S.496ff.

131) Veblen-Effekt, s. § 4 A IV.2.

132) Bleicker, Produktbeurteilung, S.18; Hohl, S.168; Kroeber-Riel, Konsumentenverhalten, S.327ff.; Carmen Lakaschus, Das Markenbewusstsein des Konsumenten, in: Produkt- und Firmenimage, Beiheft zu: Der Volkswirt Nr.43, 10/1966. S.23; Tichelli, Markentreue, S.349ff

133) Zum Anti-Markenbewusstsein Goll, Psychologische Aspekte, S. 538; Höhl, S. 184ff. Die genannte Infratest-Umfrage ergab, dass 17% "gerade bei Lebensmitteln **keine** Marke kaufen".

134) Dazu Angehrn, Handelsmarken und Herstellermarken im Wettbewerb, Stuttgart 1969, S.59; Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.87 FN 332.

135) Zu den Testinstituten und Testträgern in der Schweiz Heyden, Vergleichender Warentest, S. 1.

136) So Kroeber-Riel, Konsumentenverhalten, S. 297f.; Rosenstiel/Neumann Einführung, S. 165. Für



## 2. Informationsverarbeitung in relativer Rationalität

Da der Konsument unter den auf dem Markt angebotenen Produkten freie Wahl haben soll, müssen wir in Kauf nehmen, dass er sich auch von frei gewählten Entscheidungshilfen leiten lässt und darum nicht immer das objektiv beste und preiswerteste Produkt wählt. Der Konsument handelt weder als vernünftelnder homo oeconomicus noch als triebhaftes Konsumvieh, sondern er versucht, in **relativer Rationalität** ("bounded rationality")<sup>137</sup> Probleme, die sich bei der Befriedigung seiner Bedürfnisse stellen, aufgrund seiner beschränkten Problemlösungskapazität zu bewältigen. Der Konsument kauft das Produkt, das ihm aufgrund seiner beschränkten Informationsbeschaffungs- und -verarbeitungskapazität als das (relativ) beste erscheint. Zu einer anderen Wahl könnte man ihn nur durch Zwang bringen<sup>138</sup>. Wenn also der hohe Preis oder die bekannte Marke als Schlüsselinformation wirkt, führt der Wegfall der teureren Produktvariante mit der bekannteren Marke nicht zu einem Umschwenken auf die billigere Variante mit der weniger bekannten Marke. Der Konsument weicht vielmehr auf Produkte dritter Anbieter aus, mit denen seinem Verarbeitungsprogramm entsprechende Botschaften verbunden sind.

## 3. Informationsverarbeitungsprogramme und Konsumentenaufklärung

Die Wirkung der Marke als Schlüsselinformation kann beim zweigleisigen Vertrieb durch verstärkte produktspezifische Konsumenteninformation nicht beseitigt werden. Denn komplexere Informationen als Marke oder Preis werden, wie oben<sup>139</sup> ausgeführt, in bestimmten Kaufsituationen nicht zur Kenntnis genommen.

Informationen darüber, dass unter verschiedenen Marken und zu verschiedenen Preisen angebotene Produkte auf demselben Basisprodukt beruhen, sind nicht nur komplex, sondern für den Empfänger auch unvereinbar mit seinen eingeübten Verarbeitungsprogrammen. Von inkohärenten Informationseinheiten werden diejenigen, welche der Schlüsselinformation widersprechen, von der Wahrnehmung ausgeschaltet. Im Zuge einer **Reduktion der kognitiven Dissonanz** werden sie deshalb nicht zur Kenntnis genommen.

---

Verstärkung des Risikobewusstseins treten Kroeber-Riel und Rosenstiel/Neumann, Einführung, S.96, ein. Dabei ist aber der Gewinn an Informationsbeschaffungsaktivität abzuwägen gegen die damit verbundene Verunsicherung der Konsumenten und die Gefahr, dass das Image an Bedeutung für den Kaufentschluss gewinnt.

137 Herbert A. Simon, *Models of Man*, New York 1957, S.198; vgl. auch Hartfield, spez. S.226ff.

138 Ähnlich Kroeber-Riel, *Konsumentenverhalten*, S.257.

139 § 6 B I.1.d).

Der bloße - durch staatliche Vorschriften angeordnete - Hinweis auf die Basisproduktidentität ("baugleich mit X"; "gleiches Rezept wie Y") führt also u.U. zu einer gewissen Verunsicherung der Konsumenten, trägt aber nichts zu einer besseren Marktübersicht und einer darauf beruhenden Verhaltenssteuerung bei: Entweder die Marke der betreffenden Variante wird durch eine andere Informationseinheit in der Schlüsselrolle (Marke eines Konkurrenzprodukts, Preis etc.) verdrängt, oder aber der Hinweis wird nicht zur Kenntnis genommen.

#### 4. Fazit

Die individuellen Verarbeitungsprogramme der Konsumenten sind je nach Situation<sup>140</sup> und je nach Persönlichkeit verschieden. Und je nach Verarbeitungsprogramm dient Marke oder Preis der einen oder andern Produktvariante eines zweigleisigen Vertriebs als Schlüsselinformation. Deshalb können Produktvarianten mit verschiedenen Marken und Preisen langfristig nebeneinander bestehen.

---

140 S.o. B I.1.b).

## 2. KAPITEL GESAMTWIRTSCHAFTLICHE BEURTEILUNG

In den folgenden beiden Paragraphen versuchen wir, den zweigleisigen Vertrieb als Teil der Gesamtheit der auf den Güteraustausch gerichteten Vorgänge zu beurteilen.

### § 7 BEGRIFF DES WETTBEWERBS

Im Gegensatz zu einer durch staatliche Planung oder kooperative Vereinbarungen organisierten Wirtschaft wird in unserem Wirtschaftssystem das Geschehen auf dem Markt in erster Linie durch einen ungeplanten Ausgleichsprozess geordnet, der zwischen dezentralen, selbständig entscheidenden Wirtschaftsakteuren abläuft. Diesen Koordinationsmechanismus bezeichnen wir als **Wettbewerb**.

#### A Definition des Wettbewebs

##### I. Kategorisierung der Wettbewerbsbegriffe

###### 1. Allgemeines

Eine Aufzählung der in der Literatur zu findenden Versuche, den Begriff "Wettbewerb" zu definieren<sup>141</sup>, scheint wenig hilfreich. Wir wollen vielmehr versuchen,

141 Vgl. für die wirtschaftswissenschaftlichen Definitionsversuche statt vieler: Arndt, Markt und Macht, S.93ff.; Kühne, S.28ff.; für die juristischen: Jürgen F. Baur, Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", ZHR 134 (1970), S.97-150; Fikentscher, Wirtschaftsrecht II, S.194ff.; Erich Hoppmann, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: H. Schneider (Hsg.) Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Socialpolitik Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, N.F. Bd.48, Berlin 1968, S.9-49., spez. S.11; ders., Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, ORDO 18 (1967) S.77-94, wiederabgedruckt in: Wettbewerbstheorie, Hsg. K.Herdzina, S.230-243; Robert Knoepfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, Kartellrundschaue Heft 7, Köln 1966; ders., Zur Notwendigkeit einer richtigen Bestimmung des Inhalts des Wettbewerbs für eine zutreffende Beurteilung marktübergreifender (konglomeraler) Zusammenschlüsse, in: Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrealität, FS für Arno Sölter, Köln 1982, S.217-246; ders., Die marktbezogene Unlauterkeit, vor allem S.14f. und S.143f.; Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, München 1977 S.1ff.; Kummer, Begriff des Kartells, S.35f.; Lukes, Zum Verständnis

die Wettbewerbsbegriffe in verschiedene Kategorien einzuteilen: Grundlegend ist die Unterscheidung in handlungsorientierte (prozesstheoretische, institutionalistische) und ergebnisorientierte (instrumentalistische) Wettbewerbsbegriffe<sup>142</sup>.

## 2. Prozesstheoretische Wettbewerbsbegriffe

Die prozesstheoretischen Wettbewerbsbegriffe lassen sich unterscheiden in solche, welche **die Gesamtheit der Marktvorgänge**, und solche, welche die Gesamtheit der Marktvorgänge **einer bestimmten Art** (Wettbewerbsstreben, Wettbewerb durch eigene Leistung) und in einem bestimmten Verhältnis zwischen Akteuren der gleichen Stufe (direktes Konkurrenz- und Rivalitätsverhältnis) umfassen. Bei den erstgenannten handelt es sich um Begriffe der deskriptiven Oekonomie, welche keine Bewertung der Marktvorgänge erlauben. Letztere grenzen Bereiche, in denen so verstandener Wettbewerb herrscht, von den Bereichen des Nicht-Wettbewerbs ab. Im Einzelfall bleibt aber fraglich, welchem Bereich eine bestimmte Wettbewerbshandlung zuzuordnen ist.

---

des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, spez. S.222f.; Tuchfeld, Konzepte der Wettbewerbspolitik; Wilde, S.26ff., jeweils m.w.H. Mestmacker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S.169, will von einer Definition des Wettbewerbs aus prinzipiellen Gründen absehen. Ebenso Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, S.1. Dazu auch Aeberhard, S.33.

142 Die Frage, ob der Wettbewerb in jedem Fall optimale Ergebnisse hervorbringt oder ob er bloss dann und insofern wünschbar sei, als er die erwarteten Wettbewerbsziele erfülle, bildet Gegenstand der berühmten Kontroverse zwischen Hoppmann und Kantzenbach. Dazu Hoppmann, für den der Wettbewerb wegen seiner Funktion im Rahmen der allgemeinen und demokratischen Freiheit ein eigenwertiges Ziel ist. Dazu: Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept; ders., Workable Competition (funktionsfähiger Wettbewerb), ders., Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität (Besprechung des Buches von Kantzenbach), JNST 179 (1966), S.286-323; ders., Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs (als Duplik), JNST 181 (1967/68), S.251-264. Kantzenbach wird vorgeworfen, er betrachte den Wettbewerb als Mittel zum Zweck. Dazu: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs; ders., Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität (als Replik auf Hoppmanns Besprechung), JNST 181 (1967/68), S.193-241. Zur wissenschafts- und wettbewerbstheoretischen sowie sozialen und politischen Kritik, die gegen das neoklassische Wettbewerbskonzept vorgebracht worden ist, vgl. Schmidt, Wettbewerbspolitik, S.27f.; Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit (als Replik) S.197ff.; Barling, Leitbilder, S.49ff.; Neumann, Wettbewerbstheorie, passim, und die Kontroverse zwischen Jürgen Gotthold, Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie, Kritische Bemerkungen zur neo-neoliberalen Theorie der Wettbewerbspolitik, ZHR 145 (1981), S.286-340; Werner Möschel, Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie (Replik), ZHR 145 (1981), S.590-598; Gotthold, Nochmals: Kritische Bemerkungen zur neoliberalen Theorie der Wettbewerbspolitik (Duplik), ZHR 146 (1982), S.55-60.

### 3. Ergebnisorientierte Wettbewerbsbegriffe

Ergebnisorientierte Wettbewerbsbegriffe sind einmal die **preistheoretischen Modelle**, bei denen das Erreichen des Gleichgewichtszustands im Zentrum steht, andererseits instrumentalistische oder **wohlfahrtstheoretische Konzeptionen** (Kantzenbach, Harvard School), die sich mit dem optimalen Wettbewerb (Wettbewerbsintensität, -druck, Anbieterzahl) beschäftigen. Sie enthalten normative Richtigkeitsvorgaben. Aber sie sind wegen ihrer Modellannahmen nur teilweise auf konkrete Wettbewerbshandlungen anwendbar oder liefern trotz grossem Aufwand zur Sachverhaltsklärung nur bruchstückhafte Resultate.

### 4. Wettbewerb als Systembegriff

Der Wettbewerb als Systembegriff umfasst die Gesamtheit der Marktvorgänge und bestimmte Werte und Ziele, auf die jene ausgerichtet sind (ökonomische Vorteile, Wettbewerbsfreiheit, Entmachtung, Innovation etc.). Diese übergeordneten Bewertungsgesichtspunkte erlauben es, den zweigleisigen Vertrieb im Rahmen der jeweiligen Wettbewerbssituation zu beurteilen<sup>143</sup>.

Im folgenden soll auf diesen letztgenannten Wettbewerbsbegriff näher eingegangen werden.

## II. Wettbewerb als Systembegriff

### 1. Handlungssystem

Der Wettbewerb als Handlungssystem umfasst die einzelnen Wettbewerbshandlungen als sinnhaft orientiertes<sup>144</sup>, marktwirksames menschliches Verhalten. Es gibt keinen Wettbewerb ohne wettbewerbliches Handeln der Marktakteure. Der Wettbewerb ist vom diesbezüglichen Willen der Wettbewerber, der Wettbewerbsgesinnung, abhängig<sup>145</sup>.

143 Die Verwendung des Systembegriffs beinhaltet nach der hier vertretenen Meinung keinen Entscheid über die Selbststabilisierungsfähigkeit des Systems. Anders die Vertreter des "systemtheoretischen" neoliberalen oder neoklassischen Wettbewerbskonzept, s. § III.1. Ebenso wie hier Teubner, Verrechtlichung, S.320.

144 Luhmann, Zweckbegriff, S.121.

145 Darum kann der Wettbewerb staatlich geordnet, aber keine "staatliche Veranstaltung" sein (Ausdruck von Leonhard Miksch, Wettbewerb als Aufgabe, Grundsätze einer Weltwettbewerbsordnung, 2.A., Bad Godesberg 1947, S.11ff.). So auch Schluep, Wirtschaftsverfassung und Unter-



## 2. Systemsinn

Von seiner Umwelt, der Gesamtheit aller marktwirksamen Ereignisse, grenzt sich das Handlungssystem Wettbewerb durch eine Sinnbeziehung zwischen den Wettbewerbshandlungen ab. Das System entsteht durch die Ausrichtung der Wettbewerbshandlungen auf eine erwartete Gesamtleistung, den Zweck des Systems. Der Systemzweck bildet das "Mehr", welches das System von der Summe der in ihm enthaltenen Teile unterscheidet<sup>146</sup>. Er erlaubt den Wettbewerbsakteuren und dem in den Wettbewerb eingreifenden Politiker oder Richter, die einzelnen Wettbewerbshandlungen nach dem Grad ihrer Sinnentsprechung zu beurteilen<sup>147</sup>. Das System kann auf Zwecke, Bezugsprobleme<sup>148</sup>, deren Lösung vom Wettbewerb erwartet wird, oder auf Werte, regulative Ideen<sup>149</sup>, ausgerichtet sein, zu deren Verwirklichung er beitragen soll.

## 3. Funktionaler Bezug

Wir definieren die Funktion als Beitrag eines Elements zur Lösung eines Problems, zur Erreichung des Zweckes, zu dem dieses Element in Bezug gesetzt wird<sup>150</sup>.

Sämtliche Wettbewerbshandlungen sind im Sinne eines funktionalen Bezugs auf den Systemzweck ausgerichtet. Dies bedeutet, dass sowohl die funktionalen als auch die dysfunktionalen Handlungen zum System gehören. "Die Unterscheidung von konformem und abweichendem Verhalten markiert nicht die Grenze des Systems gegenüber seiner Umwelt; sie ist eine systeminterne Differenzierung."<sup>151</sup>

---

nehmensverfassung, S.613. Realistischerweise "bedeutet möglicher Wettbewerb, dass niemand zum Wettbewerb gezwungen ... werden darf" (Sieber, Kritik, S.537).

146 Luhmann, Zweckbegriff, S.120.

147 Zum ganzen Luhmann, Zweckbegriff, passim, vor allem S.1, 120ff.

148 Z.B. die von Kantzenbach formulierten Wettbewerbsfunktionen.

149 Z.B. Fairness, Freiheit, Gerechtigkeit, Leistungsprinzip etc. Als Werte können sie nicht erreicht, nur im Einzelfall verwirklicht werden. Sie dienen als regulative Ideen, als Bewertungsgesichtspunkte.

150 Diese Definition beruht auf Luhmann, Zweckbegriff, S.115, und Schluep, Markenrecht, S.60-64; ders., Wirtschaftsrecht, S.7 FN 19; vgl. auch Gunther Jahr, Funktionsanalyse von Rechtstiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, in: Ludwig Raiser, Heinz Sauermann, Erich Schneider (Hsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, S.14-26 (S.16).

151 Luhmann, Rechtssoziologie, S.124; ders., Zweckbegriff, S.121; vgl. auch Max Weber, Rechtssoziologie, 2.A., Neuwied 1967, S.71. Anders der institutionelle Begriff des Wettbewerbs, (spez. des Leistungswettbewerbs).

#### 4. Zweckmehrheit

Die Gesamtsituation, in der das System Wettbewerb steht, ist in wirtschaftlicher, politischer, rechtlicher und moralischer Hinsicht so vielfältig, dass ihr ein einzelner Zweck nicht gerecht wird. Wer den Wettbewerb als ein auf einen einzelnen Zweck ausgerichtetes System definiert, ist gezwungen, dieses durch Modellannahmen von einem Teil der auf ihm lastenden Komplexität und Erwartungen zu befreien. Die vielfältigen Leistungen, welche die Umwelt, die politischen Entscheidungsträger, Wirtschafts- und Konsumentenorganisationen vom Wettbewerb erwarten und um derentwillen sie ihn bejahen, entsprechen vielmehr einer Mehrheit von Zweckgesichtspunkten<sup>152</sup>. Oekonomische Ziele (Effizienz, wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit) und solche ausser- oder metaökonomischer Art (Freiheit, Gerechtigkeit, Entmachtung, Uebereinstimmung mit sittlichen Postulaten) sind nebeneinander existierende Ordnungsgesichtspunkte<sup>153</sup>.

Die Wettbewerbszwecke können nicht willkürlich, sondern müssen sachbezogen festgelegt werden. Wer vom Wettbewerb Leistungen erwartet, die er aus seiner Natur heraus nicht erbringen kann, plant die Enttäuschung dieser Erwartungen mit ein<sup>154</sup>. Wer andere als wettbewerbliche Ziele erreichen will<sup>155</sup>, muss auf diesen Koordinationsmechanismus verzichten.

Es versteht sich von selbst, dass nicht alle Wettbewerbszwecke gleichzeitig optimal realisiert werden können<sup>156</sup>. Sie treten untereinander in ein Verhältnis von Kongruenz, Komplementarität und Divergenz.

---

152 Luhmann, Zweckbegriff, S.151ff. Die Zweckheterogenität, die Brem, S.98, negativ als Folge des fehlendem Zielkonsenses erklärt, wird so positiv zum Ordnungsprinzip, das die Stärke des Wettbewerbssystems ausmacht.

153 Dadurch wird allerdings die Ordnungsfunktion des Gesamtsystems verkleinert (dazu Kantzenbach, Funktionfähigkeit, S.220), und die Sauberkeit und Eleganz der Begründung geht verloren. Zum wettbewerblichen Zielkatalog ausführlich Schmidt, Wettbewerbspolitik, S.33ff. m.w.H.).

154 Schluep, Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, S.99.

155 Etwa Bedarfsgerechtigkeit, ständische Solidarität etc.

156 S. § 8 A III.1.

### III. Selbst- und Fremdstabilisierung

#### 1. Selbststabilisierung

Die Koordinationswirkung des Wettbewerbs bewirkt, dass nur funktionale Handlungen zum wirtschaftlichen Erfolg führen. Dysfunktionale Wettbewerbshandlungen sind möglich, bleiben aber ökonomisch wirkungslos. Diese Wirkung des Systems bezeichnen wir als Selbst-Stabilisierung.

##### a) Absolute Selbststabilisierung

Die Vertreter der "Chicago School"<sup>157</sup> befürworten, anknüpfend an die von George J. Stigler in Chicago vertretenen Ansichten, eine absolute wettbewerbspolitische Enthaltensamkeit des Staates, insbesondere einen Verzicht auf jede Anti-Monopol- und Anti-Kartell-Politik<sup>158</sup>. Langfristig setze sich immer derjenige Anbieter durch, welcher die Bedürfnisse der Nachfrager besser befriedige als seine aktuellen und potentiellen Konkurrenten<sup>159</sup>, so dass alle nicht leistungsoptimalen Wettbewerbsformen, Kartelle, Monopole etc. automatisch verschwinden.

Die Selbststabilisierung des Systems wird als absolut betrachtet. Aus diesem Grund ist eine Bewertung des zweigleisigen Vertriebs unnötig, ja aus erkenntnistheoretischen<sup>160</sup> Gründen unmöglich, da der Markt selbst darüber entscheidet, ob sich mehrere Produktvarianten durchsetzen.

##### b) Selbststabilisierung und per se-Regeln

Dagegen hält keine europäische Lehrmeinung die selbstordnende Kraft des Wettbewerbs in dem Sinn für absolut, dass sie jegliche Beurteilung von Wettbewerbshandlungen nach übergeordneten Worten und jeden Eingriff ins Wettbewerbsgeschehen durch Gerichte und Verwaltung ablehnt. Die Notwendigkeit irgendeiner Form von wettbewerbspolitischen und wettbewerbsrechtlichen Massnahmen wird allgemein anerkannt.

---

157 Grundlegend: Posner, *Economic Analysis of Law*, S.193ff.; dazu (kritisch) Schmidt/Rittaler, *Die Chicago School of Antitrust Analysis*; Hermann Kallfass, *Die Chicago School - Eine Skizze des "neuen" amerikanischen Ansatzes für die Wettbewerbspolitik*, WuW 30 (1980), S.596ff.

158 Zur Rolle des Staates im Konzept der Chicago School vgl. Schmidt/ Rittaler, S. 29.

159 Das Auftreten von Marteintrittsschranken infolge hohen Mindestkapitalbedarf, Werbung, Produktdifferenzierung oder vertikaler Integration wird verneint.

160 S.u. b).

Nach der Ansicht der Vertreter der ORDO- oder neoliberalen Wettbewerbstheorie<sup>161</sup> können Private die Wirkungen des Wettbewerbs jedenfalls dann nicht durch dysfunktionale Handlungen durchkreuzen, wenn der Markt durch Rechtsnormen in der Form von generell-abstrakten Verhaltensregeln geordnet sei<sup>162</sup>. Für die Vertreter dieser Wettbewerbstheorie bringt der so geordnete Wettbewerb in jedem Fall optimale, durch kein Zutun von aussen verbesserbare Ergebnisse hervor. Eine funktionale Bewertung des zweigleisigen Vertriebs wäre demnach ebenfalls unnötig und unmöglich. Ueber den zweigleisigen Vertrieb könnte nur ein per se-Urteil gefällt werden. Entweder er ist in jedem Fall als künstliche, willkürliche Wettbewerbsbeschränkung unzulässig oder als natürliche, wettbewerbs eigene Marktvollkommenheit zulässig.

### c) Modellannahmen

Die Theorien, welche von der vollständigen Selbststabilisierung des Wettbewerbs ausgehen, stützen sich im wesentlichen auf folgende Argumente:

- α) Zeitdimension: Der Zeitraum, in dem sich die optimalen Wettbewerbsergebnisse einstellen, wird nicht diskutiert.
- β) Erkenntnisproblem: Dysfunktionale Marktergebnisse seien gar nicht erkennbar, weil niemand wissen könne, welches in diesem Fall die Ergebnisse des funktionierenden Wettbewerbs gewesen wären<sup>163 164</sup>.

diese Argumente werden im folgenden näher betrachtet.

161 Hoppmann, Workable competition (Funktionsfähiger Wettbewerb); ders., Marktmacht und Wettbewerb (Beurteilungskriterien und Lösungsmöglichkeiten), Tübingen 1977; ders., Behinderungsmissbrauch, Tübingen 1980; ders., Das wettbewerbspolitische Konzept, Philosophie und Erfahrungen, NZZ Nr.243, 20.10.1981, S.10. Vgl. Herdzina, Wettbewerbspolitik, S.97ff.; Schmitt, Wettbewerbstheorie und -politik, S.11ff., 22f., 39ff.; Assmann, Steuerung, S.280ff.; Ronald Clapham, Das wettbewerbspolitische Konzept der Wettbewerbsfreiheit, in: Jens/Cox/Markert, Handbuch, S.129-148.

Zum "Koordinationsansatz" als Modifikation der neoliberalen Wettbewerbstheorie s. Hoppmann, Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs, dargestellt am Beispiel der Arzneimittelmärkte, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr.484/485, Tübingen 1978, S.17.

162 Dazu aus neoliberaler Sicht Erich Hoppmann/Ernst-Joachim Mestmäcker, Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974. Zum Verhältnis zwischen der "hypostasierten Ordnungsfunktion des Marktes" und dem "bürgerlichen Recht als Marktverkehrsrecht" vgl. statt vieler Brüggemeier, Wirtschaftsrecht, S.21ff.; Schlupe, Vom lauteren ..., S.74ff.

163 Dies meint Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974, S.169, wenn er sagt, die Definition des Wettbewerbs sei weder möglich noch zweckmässig, da sie nicht alle Bedingungen, Wirkungsweisen und Folgen erfassen könne, weil "man Freiheitspositionen aufhebt, wenn man ihre Inhalte vorweg bestimmt". Ebenso ders., Macht - Recht - Wirtschaftsverfassung, in: Recht und ökonomisches Gesetz, 2.A., Baden-Baden 1984, S.21; Yvo Hangartner, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, 2.Bd.: Grundrechte, Zürich 1982.

164 Die Vertreter der Chicago School gehen in ihren Modellannahmen noch wesentlich weiter. Dazu Posner, Economic Analysis of Law, S. 10ff., 201ff.; kritisch Schmidt/Rittaler, S.37ff.; Schmidt, Wettbewerbspolitik, S.22ff.



## 2. Grenzen der Selbststabilisierung und Fremdstabilisierung

### a) Ausklammern der Zeitdimension ( $\alpha$ )

Die Theorie, wonach sich bei genügend langfristiger Betrachtung jede Monopolstellung, jede Dysfunktionalität von selbst auflöse, lässt sich nicht falsifizieren<sup>165</sup>. In der Systemtheorie nimmt aber der Zeitfaktor eine wichtige Position ein<sup>166</sup>. Für die Praxis massgeblich ist die Bestimmung einer für die Dimensionen menschlichen Handelns relevanten Zeitnorm<sup>167</sup>. Denn "on the long run we are all dead" (J.M.Keynes).

### b) Unvorhersehbarkeit und Erkenntnismöglichkeit ( $\beta$ )

Aus der Schwierigkeit, wettbewerbliche Entwicklungen vorauszubestimmen, wird von andern Autoren allerdings der gegenteilige Schluss gezogen: Gerade weil niemand in der Lage ist, die Entwicklung des wettbewerblichen Geschehens abstrakt zu prognostizieren, kann auf einem bestimmten Markt innerhalb eines gegebenen Zeitrahmens ein Versagen der selbststabilisierenden Kraft des Systems nicht ausgeschlossen werden<sup>168</sup>. Dies auch dann nicht, wenn die als per-se-Verbote formulierten Verhaltensregeln im Wettbewerb eingehalten werden.

Dieser zweiten Ansicht folgt die vorliegende Untersuchung: Die Selbststabilisierung des Systems Wettbewerb ist nach der hier vertretenen Meinung nicht absolut<sup>169</sup>. Ihr steht die partielle oder totale Selbstbeseitigung<sup>170</sup> der Systemordnung gegenüber: Die Wettbewerbsakteure können unter bestimmten Umständen durch ihre Handlungen die Selbststabilisierung und Koordinierung des Wettbewerbs konterkarieren, indem sie dysfunktionale Wettbewerbshandlungen - jedenfalls über einen gewissen Zeitraum hinweg - erfolgreich durchführen. Dysfunktionale und dennoch durch das System nicht beseitigte Wettbewerbshandlungen führen zur Aufhebung der Selbststabilisierungs- und Koordinierungsfunktion des Wettbewerbs.

165 Vgl. Schluep, Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, S.134.

166 Dazu Luhmann, Soziale Systeme, S.3ff., 419ff.

167 Dazu Baudenbacher, AGB, S.128; Kantzenbach/Kallfass, S.107; Neumann, Wettbewerbstheorie, S.195, 217ff. und passim; Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S.369f. FN 55; Schmidt/Rittaler, S.27, 37, 64f, jeweils m.w.H.

168 Neumann's Zweifel an der Selbststabilisierung des Wettbewerbs (Wettbewerbstheorie, S.197ff.) beruht darauf, dass das Umschlagen eines wettbewerbskonformen Marktvorsprungs in restriktive Marktmacht nicht ausgeschlossen werden könne. Vgl. Brüggemeier, Wirtschaftstheorie, S.36.

169 Neumann, Wettbewerbstheorie, S.1, 5f. bezeichnet den Wettbewerb als ein "hinsichtlich der Zukunft auch in seiner 'Selbsterhaltung' offenes System".

170 Neumann, Wettbewerbstheorie, S.197.



### 3. Fremdstabilisierung

Die Grenzen der Selbststabilisierung machen eine **Fremdstabilisierung** des Wettbewerbssystems durch staatliche Eingriffe<sup>171</sup> notwendig, um zu verhindern, dass die erwarteten positiven Ergebnisse des Wettbewerbs durch dysfunktionale Handlungen, die vom Wettbewerb nicht selbst ausgeschaltet werden, vereitelt werden. Dies geschieht durch wirtschaftsrechtliche, speziell wettbewerbsrechtliche Massnahmen. In einem gewissen Mass muss die 'visible hand' des Gesetzgebers die 'invisible hand' des Wettbewerbs ersetzen<sup>172</sup>

Nach der hier vertretenen Meinung kann dies nicht durch einen Kodex von per se-Normen geschehen: Der zweigleisige Vertrieb ist nicht an sich wettbewerbseigen oder wettbewerbswidrig. Vielmehr hängt seine Beurteilung untrennbar von der Marktsituation und der Art seiner Durchführung, insbesondere der Zusatzleistungsdifferenz zwischen den Produktvarianten ab. Es ist deshalb unumgänglich, im Einzelfall resp. in bestimmten Fallgruppen Alternativen des wirtschaftlichen Handelns funktional zu vergleichen und zu bewerten<sup>173</sup>.

### B Wettbewerb: System oder Institut?

Verschiedene Autoren, Juristen<sup>174</sup> und Ökonomen<sup>175</sup> sprechen vom Wettbewerb als einem "Institut" oder einer "Institution". Der Begriff des Systems wird dagegen zur Bezeichnung des Wettbewerbs eher selten verwendet<sup>176</sup>.

<sup>171</sup> Dazu 3. und 4. Teil.

<sup>172</sup> Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, S.104; Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik, S.54ff., 164f.; ders., Wettbewerbspolitik, S.141ff. Ein grundlegendes Konzept der wohlfahrtsökonomischen Wettbewerbstheorie mit beschränkter Selbststabilisierung hat Kantzenbach entworfen in: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1967. sehen. Dazu Joerges, Vorüberlegungen, S.21ff., Schmidt, Wettbewerbspolitik, S. 13ff.

Die Vertreter der Harvard School (Joe S.Bain, Caves, D.Mueller, Shepherd, Sullivan, Phillipp Areeda u.a.) betrachten den Wettbewerb ebenfalls als in bestimmten Fällen fremdstabilisierungsbedürftig. Sie gehen dabei von einer offenen Pluralität der sozialen Ziele der Wettbewerbspolitik aus, deren Erreichen durch Kontrolle gewisser Marktstruktur-, Marktverhaltens- und Marktergebnis-Vorgaben überprüft wird.

<sup>173</sup> Zum Problem der Erkenntnismöglichkeit und Vorhersehbarkeit von Marktergebnissen s. § 7 A III.2.b).

<sup>174</sup> Schluep, Raiser, Krawietz, Mestmäcker etc.

<sup>175</sup> Vor allem die Vertreter der ORDO- oder neoliberalen Schule wie Hoppmann, Tuchtfeldt etc.

<sup>176</sup> Luhmann, Neumann. Die Vertreter der ORDO- oder neoliberalen Schule unterscheiden nicht zwischen Institut und System.

## I. Institution

In der Literatur werden verschiedene Begriffe der Institution<sup>177</sup> verwendet. Grundlegend ist der rechts- und sozialtheoretische Institutionsbegriff von Hauriou<sup>178</sup> sowie von Santi Romano<sup>179</sup>. Diese klassischen Theorien des naturrechtlichen resp. rechtspositivistischen Institutionalismus leiten aus den in der Lebenswirklichkeit vorgefundenen sozialen Phänomenen und der Natur der menschlichen Beziehungen und ihrer Organisation die Idee der Normativität<sup>180</sup> ab.

Die Vertreter der neueren rechtssoziologischen Institutionenlehre, insbesondere Schelsky<sup>181</sup>, befassen sich mit Rechtseinrichtungen von grundlegender Bedeutung, die als faktisch existierende und wirksame soziale Ordnungsformen des Gemeinschaftslebens verstanden und untersucht werden.

In Abgrenzung von diesen soziologischen und rechtstheoretischen Institutsbegriffen beschränken sich verschiedene juristische Autoren auf einen engeren Begriff des Rechtsinstituts. Raiser<sup>182</sup> bezeichnet als Rechtsinstitut ein "typisches Lebensverhältnis, .. also ein sinnhaftes, von menschlichem Leben erfülltes soziales Gebilde, [welches die Rechtsordnung] durch rechtliche Anerkennung zugleich wertet und dieser Wertung entsprechend ordnet". Dabei hat das objektive Recht die Aufgabe, "die Entfaltung und Sicherung der unser gesellschaftliches Leben durchziehenden Institutionen durch die Ausbildung entsprechender Rechtsinstitute" gegen die institutsfremde Ausübung subjektiver Recht zu schützen<sup>183</sup>.

177 Umfassend zum Institutionsbegriff Krawietz, Ansätze zu einem Neuen Institutionalismus in der modernen Rechtstheorie der Gegenwart; Schnur (Hsg.) Institution und Recht.

178 Maurice Hauriou, Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze, Hsg. Roman Schnur, Berlin 1965; Fikentscher, Maurice Hauriou und die institutionelle Rechtslehre, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, FS Ludwig Raiser, Tübingen 1974, S.559-575; Zumstein, Du caractère institutionnel de la société, spez. S.35ff.; Schnur (Hsg.), Institution und Recht (mit Beiträgen verschiedener Autoren).

179 Santi Romano, Die Rechtsordnung, Hsg. Roman Schnur, Berlin 1975; Schnur (Hsg.), Institution und Recht (mit Beiträgen verschiedener Autoren).

180 Hauriou spricht von der "idée directrice"; er beschreibt die Institution als "eine Idee vom Werk oder vom Unternehmen, die in einem sozialen Milieu Verwirklichung und Rechtsbestand findet". Dazu ausführlich Fikentscher, a.a.O.; Assmann, Transformationsprobleme, S.33 m. FN 86; Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, S.78ff., jeweils m.w.H.

Santi Romano sieht diesen Zusammenhang derart, dass "Institution und Norm uno actu entstehen und in einem Verhältnis 'gegenseitiger Implikation' stehen (Santi Romano, Die Rechtsordnung, S.43 FN 30b); "Die Institution ist Institution insofern, als sie Normen setzt, und die Norm bezieht ihre Kraft von der Institution her" (Santi Romano, Die Rechtsordnung, S.47).

181 Helmut Schelsky, Ueber die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen, in: Institution und Recht, S.265-293; Krawietz, Ansätze, S.708, 712; ders., Rechtssystem als Institution? Ueber die Grundlagen von Helmut Schelskys sinnkritischer Institutionentheorie, in: Dorothea Mayer-Maly et.al.(Hsg.), Recht als Sinn und Institution, Rechtslehre Beiheft 6, Berlin 1984, S.209-243, jeweils m.w.H.

182 Raiser, Rechtsschutz, S.148.

183 Raiser, Rechtsschutz, S.148, 152: "Die Ausübung subjektiver Rechte muss sich den objektiven,

In Nawiasky's<sup>184</sup> Rechtstheorie verkürzt sich der Institutsbegriff zu einem Strukturbegriff, mit dem ein "Komplex von Rechtsverhältnissen" resp. "Rechtsnormen" abgekürzt bezeichnet wird.

Tuchtfeldt<sup>185</sup> bezeichnet im Sinne des ORDO- oder Neoliberalismus den Wettbewerb als Institution, d.h. als "Wert an sich", im Gegensatz zu andern, von ihm als "instrumentalistisch" bezeichneten Wettbewerbskonzepten.

## II. System

Der Systembegriff wurde oben<sup>186</sup> am Beispiel des Wettbewerbs ausführlich dargestellt.

## III. Vergleich von System und Institut

### 1. Sein und Sollen

Durch die Zusammenfassung von realem Sein resp. von Systemelementen einerseits und dem Systemzweck resp. der Rechtsordnung oder der "idée directrice" andererseits umfassen beide, System und Institut, sowohl deskriptive als auch normative Elemente. Beide stellen so eine Verklammerung zwischen **realem** und **richtigem** Sein her.

Der Zusammenhang zwischen Sein und Sollen wird von den einzelnen Autoren sehr unterschiedlich beschrieben:

Die älteren Vertreter der klassischen Institutionenlehre setzten die rechtliche Ordnung mit der Struktur und Organisation der menschlichen Beziehungen gleich resp. leiteten die "idée directrice" direkt aus ihr ab. Thomistisches Naturrechtsdenken trifft sich in dieser Auffassung mit soziologischem Positivismus.

Die neuere rechtstheoretische und rechtssoziologische Institutionenlehre befasst sich realistisch mit der kritisch-analytischen Selbstkontrolle und dem Rechts- und Programmbewusstsein von sozialen Institutionen<sup>187</sup>.

---

mit der Ordnung des Rechtinstituts gesetzten Zwecken einordnen".

184 Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S.169.

185 Tuchtfeldt, Konzepte, S.559ff.

186 A II.

187 Z.B. Schelsky, Ueber die Stabilität von Institutionen, S.285ff.

Die Systemtheorie stellt diesbezüglich eine Weiterentwicklung der realistischen Institutionenlehre dar. Sie erlaubt es, den funktionalen Zusammenhang zwischen Systemelementen und Systemzweck sowohl zur systeminterner Selbstreflexion und Ordnungsbildung als auch zu systemexternen Umwelterwartungen und -reaktionen in Bezug zu setzen und dadurch zu rationalisieren<sup>188</sup>. "Der Begriff der Institution [ist dagegen] in besonders hohem Masse anfällig für die Verschleierung von Zweck- Mittel- und Ursache- Wirkungszusammenhängen"<sup>189</sup>, weil die Beziehung zwischen Sein und Sollen gerade nicht rationalisiert wird. In bezug auf den Wettbewerb bedeutet dies vor allem, dass das Verhältnis zwischen Wettbewerb und ökonomischen und meta-ökonomischen Zielen des Wettbewerbs, speziell der Bewahrung der persönlicher Freiheit, nicht geklärt ist<sup>190</sup>. Bei der Systembetrachtung bietet dieses Verhältnis keine prinzipiellen Probleme<sup>191</sup>, weil jede These, welcher Art dieses Verhältnis sei, einer rationalen Kritik standhalten muss.

## 2. Veränderung und Bewahrung

Die traditionelle institutionelle Betrachtungsweise neigt tendenziell dazu, den status quo festzustellen und bestehende und geübte Regeln festzuschreiben<sup>192</sup>.

Die neuere Institutionenlehre befasst sich dagegen ausführlich mit dem variablen Zusammenhang zwischen Veränderungen der menschlichen Bedürfnisse und Motive und Veränderungen der Institutionen.

Der funktionale Bezug innerhalb des Systems erlaubt es, sowohl Systemelemente als auch Systemzwecke selbständig zu variieren, wodurch der funktionelle Ordnungszusammenhang nicht zerstört, sondern in seinen Auswirkungen auf die Systemelementen oder -zwecke systemintern verarbeitet wird.

Das eigentliche Plus der Systemtheorie gegenüber der neueren Institutionenlehre im Bereich sozialer Systeme ist darin zu sehen, dass sie es ermöglicht, die Bildung der Ordnungseinheit und der Einheit der das System konstituierenden Elemente durch das System selbst zu begreifen<sup>193 194</sup>.

---

188 Dazu ausführlich Krawietz, S.712f.

189 Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, S.83.

190 Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. RN 50; anders Raiser, Rechtsschutz, S.145, 159; Tuchtfeldt, Konzepte, S.559f. Im Rahmen des neoliberalen Institutsbegriffs bilden Wettbewerb, erwünschte ökonomische Ergebnisse und Freiheit noch eine positivistisch vorgegebene, nicht reflektierbare Einheit.

191 Vgl. auch Baudenbacher, AGB, S.85f.

192 Vgl. Zumstein, S.38.

193 Luhmann bezeichnet dies als die Autopoiesis des Systems.

194 Die Anwendung des Systembegriffs auf den Wettbewerb würde zu differenzierten Schlussfolgerungen für Wettbewerbstheorie und Wettbewerbsrecht führen, deren Darstellung aber den Rah-

## § 8 FUNKTIONALE BEWERTUNG DES ZWEIFACHEN VERTRIEBS

### A Funktionale Bewertungsmethode

#### I. Allgemeines

Um die Bewertung des zweifachen Vertriebs rational begründen und gegebenenfalls ein Verbot des zweifachen Vertriebs i.S.einer zielgerichteten Fremdstabilisierung des Systems wirkungsvoll vornehmen zu können, müssen wir folgende Fragen beantworten können:

- Welches sind die im Wettbewerb angestrebten Ziele und Werte?
- In welcher funktionalen Beziehung steht der zweifache Vertrieb als Wettbewerbshandlung zu den Wettbewerbszwecken?
- Unter welchen Umständen stellt der zweifache Vertrieb eines Produkts eine dysfunktionale Handlung dar, die nicht von den Marktkräften selbst ausgeschaltet wird?

#### II. Funktionaler Vergleich

Wenn wir von einem konstanten Set von Wettbewerbszwecken ausgehen, ermöglicht dies einen Vergleich bestimmter Wettbewerbshandlungen als Ursachen mit andern Wettbewerbshandlungen<sup>195</sup>.

Wie oben<sup>196</sup> ausgeführt, gehen wir von einer Mehrheit von Wettbewerbszwecken aus<sup>197</sup>. Dies führt dazu, dass eine bestimmte Wettbewerbshandlung in bezug auf alle als massgeblich erkannten Zwecke geprüft werden muss, wobei die Ergebnisse schliesslich gegeneinander abzuwägen sind.

---

men dieser Untersuchung sprengen würde.

195 Der funktionale Bezug ermöglicht einen Vergleich zwischen Wettbewerbshandlungen, ohne dass zwischen ihnen eine vorausliegende Ähnlichkeit, die sonst "natürliche" Voraussetzung für jeden Vergleich ist, vorhanden sein muss. Dazu Luhmann, Zweckbegriff, S.116, 239.

196 § 7 A II.3.

197 Zum Problem der multifunktionalen Wirkung einer Handlung Assmann, Steuerung, S.325; Baudenbacher, AGB, S.82f., jeweils m.w.H.



### III. Ausschluss durch den Wettbewerb

Eine funktionale Bewertung des zweigleisigen Vertriebs wird dann überflüssig, wenn die selbststabilisierende Wirkung des Wettbewerbs den zweigleisigen Vertrieb ausschaltet, d.h. wenn dieser keine (während eines bestimmten Zeitraums) erfolgreich durchführbare Absatzstrategie darstellt. Dies ist dann der Fall, wenn der Markt nicht beide Varianten akzeptiert, insbesondere eine spezielle Zusatzleistung nicht honoriert.

### IV. Wettbewerbsakteur als Funktionär

Die Rolle des Wettbewerbsakteurs als "Funktionär"<sup>198</sup> des Wettbewerbs" beruht auf dem funktionalen Bezug zwischen Handlung und Zweck: Vom System her gesehen handelt der Wettbewerbsakteur dann funktional, wenn der für das System relevante Anteil seiner Handlung zum Erreichen der Systemzwecke beiträgt. Der dabei verfolgte Individualzweck wird durch das System zwar nicht ausgeschlossen, ist für dieses aber nicht relevant<sup>199</sup>.

Wenn nicht systemrelevante Individualzwecke ausgeblendet werden, so bedeutet das nicht, dass der Einzelne zu funktionalem wettbewerblichem Handeln gezwungen wäre. Vielmehr basiert der Wettbewerb auf dem willentlichen Handeln der Einzelnen und ist um der Freiheit und Interessen der Einzelnen und der Gesamtheit willen da<sup>200</sup>.

198 Zur Indienstrategie der Parteien bei der Geltendmachung ihrer subjektiven Rechte im Zivilprozess als formelle "Funktionäre der Rechtsordnung" Baudenbacher, Zivilprozess als Mittel der Wirtschafts- und Sozialpolitik, S.165; ders., AGB, S.137ff.; Posner, Economic Analysis of Law, S.272f.; Raiser, Rechtsschutz, S.159; ders., Die Lehre vom subjektiven Recht, S.148; enger Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2.A, Wien 1960, S.130ff., spez. S.140.

Zur materiellen Funktionärsrolle des Einzelnen Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.136f.; ders., Rechtsverfolgung, S.348; ders., Funktionale Anwendung, S.152; ders., AGB, S.83ff. Kurt Biedenkopf, Ueber das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, FS zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, S.113-135 (133f.). Schlupe, Kritik, S.24. Zum Funktionsbegriff auch Ernst Joachim Mestmäcker, Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, DB 21 (1968), S.787-791, 835-840 (789).

199 Luhmann, Zweckbegriff, S.13, auch S.237, spricht vom "Prinzip des Marktes mit freier Konkurrenz, das die individuelle Zwecksetzung folgenlos werden lässt." Für Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, S.97, gehört es zu "den Eigenarten des Wettbewerbs, die Planverwirklichung der Unternehmen zu vereiteln und ... Erwartungen zu enttäuschen".

Baudenbacher, Funktionale Anwendung, S.151, unterscheidet funktional relevantes vom freien Handeln.

200 Darum ergänzen sich Individual- und Institutionsschutz.

## B Zweigleisiger Vertrieb und Evolution des Wettbewerbs

### I. Evolution und wirksamer Wettbewerb

In der neueren Wettbewerbstheorie<sup>201</sup> steht nicht mehr das Erreichen des Marktgleichgewichts über den Preismechanismus<sup>202</sup>, sondern der **dynamische Prozess des Wettbewerbs** im Vordergrund. Im Rahmen des Konzepts der "workable competition"<sup>203</sup> oder "effective competition"<sup>204</sup>, zu deutsch "funktionsfähiger" oder "wirksamer Wettbewerb", ist nicht das Erreichen eines Tausch- und Preisoptimums entscheidend, sondern die laufende Abfolge von Impulsen, welche vom Wettbewerb ausgehen und die Wettbewerbssituation immer neu gestalten. Die Vertreter dieses Wettbewerbskonzepts sehen den Wettbewerb als einen dynamischen Prozess, der durch eine Folge nie abgeschlossener Vorstoss- und Verfolgungsphasen ("moves and responses")<sup>205</sup> charakterisiert wird: Produktinnovationen<sup>206</sup> und -imitationen, technische Neuerungen, neue Marketingkonzepte etc.

Innovative, dynamische Wettbewerbshandlungen kann nur finanzieren, wer vorher Gewinne aufgrund einer temporären Vorzugsstellung akkumulieren konnte. Wenn die Selbststabilisierung des Wettbewerbs funktioniert, werden derartige monopolistische Marktsituationen<sup>207</sup> durch die Reaktion der Konkurrenten, d.h. durch deren imitierende oder ihrerseits innovative Tätigkeit im Zeitablauf wieder aufgelöst.

201 Zur historischen Entwicklung der Wettbewerbskonzepte vgl. statt vieler Fikentscher, Wirtschaftsrecht Bd.II, S.186; die Einleitung des Herausgebers in: Wettbewerbstheorie, Hsg. K.Herdzina, Köln 1975, S.15-28 sowie die daran anschliessenden Aufsätze von George J.Stigler und Paul J.McNulty; Schmidt, Wettbewerbspolitik, S.1ff.; Tuchtfeldt, S.551ff.

202 § 4.

203 Diesen Begriff hat John Maurice Clark in die Wettbewerbsdiskussion eingeführt in "Towards a Concept of Workable Competition", AER 30 (1940), S.241-256., deutsch in: Wettbewerb und Monopol, Hsg. H.Barnikel, Darmstadt 1968, S.148-172, und in: Wettbewerbstheorie, Hsg. K.Herdzina, S.143-160.

Die Vieldeutigkeit dieses Begriffs charakterisierte A.E.Kahn mit der Bemerkung: "It means many things to many men." (Economic and Legal Approaches to Antitrust: An Attempt to Clarify the Issues, in: Antitrust Bulletin Vol.2 (1957), S.268).

204 So Blackwell Smith. J.M.Clark hat sich ihm in seinem 1961 erschienenen Werk "Competition as a Dynamic Process" angeschlossen.

205 Vgl. statt vieler Brüggemeier, Wirtschaftsrecht, S.36: "Theorie der permanenten endogenen Destabilisierung und Restabilisierung auf erweiterter Stufenleiter"; Clark, Competition as a dynamic process, S.14ff; Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S.32ff; Schmitt, Wettbewerbstheorie und -politik, S.10; schon Joseph A.Schumpeter, Business Cycles, New York 1939, deutsch Konjunkturzyklen, Bd.1, S.79ff; derselbe, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (7.Kapitel: Der Prozess der schöpferischen Zerstörung), 2.A., München 1950, S.134ff., separat auch in: Wettbewerbstheorie, Hsg. K.Herdzina, S.118-123.

206 Zum zweigleisigen Vertrieb als Marktinnovation s.u.3.

207 "Departures from perfect competition including temporary differential advantages which are ... inseparable from the processes of progress." So Clark, zitiert nach Hoppmann, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, S.158. Vgl. auch Kantzenbach/Kallfass, S.107; Schmidt/Rittaler, S.54f.

## II. Evolution und Marktunvollkommenheiten

### 1. Allgemeines

Der funktionierende Wettbewerb hat nicht zur Folge, dass die bestmögliche gleichzeitige Verwirklichung aller Wettbewerbszwecke in einem konkreten Einzelfall eintritt. Sondern der funktional optimale Zustand bildet den statistischen Mittelwert der realen Marktzustände, die sich im Zeitablauf gleichmässig um diesen Idealzustand verteilen<sup>208</sup>, um ihn oszillieren, wobei sich das "marktwirtschaftliche System auf einem Gleichgewichtspfad evolutiv weiterentwickelt"<sup>209</sup>.

Wirksamer Wettbewerb wirkt sich nicht notwendigerweise in allen Dimensionen des Wettbewerbs gleichmässig aus. Während er im Parallelprozess zwischen Konkurrenten einen Ausgleich schafft, stehen die Marktpartner immer (wechselnden) monopolistischen Stellungen gegenüber. Der funktionierende Wettbewerb auf einer Marktseite schliesst also die mit grösseren Verhaltensspielräumen verbundenen Möglichkeiten zu dysfunktionalem Handeln nicht in jedem Fall aus und macht fremdstabilisierende Massnahmen - beispielsweise das Verbot eines (dysfunktionalen) zweigleisigen Vertriebs - nicht prinzipiell unnötig<sup>210</sup>.

### 2. Zweigleisiger Vertrieb als innovatorische Wettbewerbshandlung

Innovation hat Schumpeter definiert als neue Kombination von Faktoren durch den Unternehmer, die bei unveränderten Faktorpreisen eine neue Gesamt- und Grenzkostenkurve an die Stelle der alten treten lässt<sup>211</sup>.

Bei der Einführung des zweigleisigen Vertriebs stellt die neue Produktvariante eine neue Kombination des Basisprodukts mit einer anderen Marke, einem anderen Preis und in der Regel einem anderen Vertriebssystem und Marketingkonzept dar. Die Einführung einer neuen Produktvariante ist eine **Absatz- oder Marktinnovation**, die sich auf die Umsatz- und Gewinnsituation, nicht auf die Kostenfunktion eines Unternehmens auswirkt<sup>212</sup>. Eine Senkung der Stückproduktionskosten durch

208 William Ross Ashby, An Introduction to Cybernetics, London/Beebles 1956, RN 5/14 und 5/15, S.84f.; Neumann, Wettbewerbstheorie, Anm. zu I.B.2, FN 67, S.572, m.w.H.

209 Lehmann, Persönlichkeitsrecht, S.269.

210 So aus einer konsumentenrechtlichen Sicht Hart/Joerges, Verbraucherrecht, S.98ff.

211 Schumpeter, Konjunkturzyklen, 1.Bd., S.95; Neumann, Wettbewerbstheorie, S.8ff.

212 Schumpeter dachte bei seiner Definition der Innovation primär an die - kostenwirksame - Verfahrensinnovation. Auch die Markt- oder Absatzinnovation, welche sich (nur) auf die Umsatz-, nicht auf die Kostenfunktion auswirkt, stellt eine Innovation dar. In gewissen Fällen kann sie allerdings

die grössere Ausbringungsmenge oder eine Senkung der Absatzkosten durch ein rationelleres Vertriebssystem bei der neuen Variante ist zwar denkbar, aber nicht notwendigerweise gegeben.

### 3. Zweigleisiger Vertrieb als imitatorische Wettbewerbshandlung

Die Einführung einer zweiten Variante kann langfristig einen imitatorischen Effekt zulasten der eigenen Erstmarke (interne Substitution)<sup>213</sup> haben, wenn beide Produktvarianten ähnliche Zusatzleistungserwartungen befriedigen. Die Geschwindigkeit, mit der die Nachfrager Varianten mit ähnlichen Zusatzleistungen als austauschbar erkennen, ist abhängig von ihrer Möglichkeit, sich Uebersicht über den Markt zu verschaffen<sup>214</sup>. Eine hohe Markttransparenz hat zur Folge, dass sich Preis und Gewinnspanne der beiden Varianten rasch nach unten angleichen. Der monopolistische Effekt der Marktsplattung besteht nur kurze Zeit.

Ist für den Anbieter voraussehbar, dass diese Angleichung sehr rasch ablaufen wird, nimmt er in der Regel von der Einführung einer zweiten Produktvariante Abstand. Rechtliche Vorschriften, welche tatsächlich geeignet wären, diesen Angleichungsprozess über ein gewisses Mass hinaus zu beschleunigen, würden aus diesem Grund bewirken, dass kein zweigleisiger Vertrieb mehr durchgeführt würde<sup>215</sup>.

## III. Zweigleisiger Vertrieb als Markterkundungsstrategie

### 1. Einführen einer weiteren Produktvariante zur Markterkundung

Die folgenden Ueberlegungen stützen sich auf Hayeks Verständnis des Wettbewerbs als Markterkundungsverfahren<sup>216</sup>: Ein Unternehmer weiss nicht, wie die andern Marktteilnehmer, Abnehmer und Konkurrenten, auf sein Verhalten reagieren

---

dazu dienen, eine "echte" Verfahrensinnovation als Zeichen (nicht vorhandener) technologischer Anstrengungen vorzutäuschen.

213 S. § 4 C I.4.

214 Der **Markttransparenz**. Mit der Wirkung von Markttransparenz und Marktinformation auf den Wettbewerb befasst sich eingehend Arno Sölter, Der unvollständige Wettbewerbsbegriff, Zur Bedeutung von Markttransparenz und Marktinformationsverfahren für den Wettbewerbsprozess, Heidelberg 1975.

215 S. § 12 E II. Ebenso Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.91.

216 Friedrich A. von Hayek, Rechtsordnung und Handelsordnung, Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, Karlsruhe 1967, S.203f; derselbe: Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren.



werden. Aktives wettbewerbliches Handeln ist die einzige Möglichkeit, seine Erwartungen mit denen der andern Marktteilnehmer in Uebereinstimmung zu bringen. "Angebote von Produkten sind allemal Hypothesen darüber, dass *ein bestimmtes Bedürfnis der Marktgegenseite besteht und dass dieses durch die dargebotene Leistung optimal befriedigt wird.*"<sup>217</sup> Das marktwirtschaftliche Prinzip beruht darauf, dass diese Hypothese durch die Markterfahrung falsifiziert<sup>218</sup> oder aber vorläufig<sup>219</sup> als tauglich betrachtet werden kann<sup>220</sup> ("tâtonnement-Prozess"<sup>221</sup>).

Der Anbieter kann von einem konkreten Produkt, auch wenn es auf dem Markt relativ erfolgreich ist, nie wissen, ob es nicht noch idealer positioniert werden könnte. Der zweigleisige Vertrieb erlaubt ihm eine Markterkundung, bei der er die relativ erfolgreiche angestammte Positionierung nicht aufgeben muss, aber aufgeben kann, wenn sich die zweite Produktvariante als erfolgreicher erweist.

Der zweigleisige Vertrieb vermindert also das Risiko einer Angebotsveränderung für den Anbieter und erleichtert dadurch die Anpassung in einen sich verändernden Markt.

## 2. Reaktionen des Marktes

Der Markt kann auf diesen zweigleisigen Vertrieb in verschiedener Weise reagieren: Entweder das neue Produkt fällt durch, weil es keinen genügenden Absatz findet, worauf der Anbieter es nach einiger Zeit aus dem Markt zieht. Oder es setzt sich durch und stösst auf Käufer, deren Anforderungen es entspricht. In diesem Fall befriedigt die neue Produktvariante die Bedürfnisse neuer Käuferschichten, während sich die bisherigen Käufer weiterhin an die herkömmliche Variante halten können. Die Gesamtausbringungsmenge wird dadurch grösser und die Marktversorgung besser, d.h. differenzierter.

Langfristig bestehen wieder zwei Möglichkeiten: Entweder bewahren die beiden Varianten je ihre ursprüngliche Positionierung auf dem Markt, oder die Marktsituation erlaubt nur **eine** stabile Produktpositionierung. Diese wird dadurch erreicht, dass sich die beiden Varianten in bestimmter Beziehung (bezüglich des Images,

---

217 So sehr prägnant Schlupe, Kritik, S.230.

218 Dies könnte auch durch eine Innungskontrolle des Branchenverbands, durch Warentests einer privaten Stiftung oder öffentlicher Prüfer, durch Vorselektion des Handels oder durch Kritik von Konkurrenten oder Konsumenten geschehen.

219 Zur Bedeutung der Zeitdimension s. § 7 A III.2.a).

220 Analog zur kritischen Methode der Wissenschaftstheorie von Karl Popper, Logik der Forschung, spez. S.47ff. Wie die wissenschaftliche Theorie ist auch die Produktpositionierung nie endgültig verifizierbar: Eine bessere Positionierung ist immer möglich.

221 Schumann, Grundzüge, S.371.



des Preises) einander angleichen, oder dass eine Variante sich durchsetzt und die andere verschwindet (interne Substitution).

### 3. Fazit

Die Einführung einer neuen Produktvariante stellt eine Möglichkeit dar, neue Marktdaten zu setzen und auf ihre Erfolgchancen zu testen, ohne die alte Markstellung sofort und endgültig aufgeben zu müssen. Die neu eingeführte zweite Variante hat in jedem Fall, auch wenn sie erfolglos bleibt, einen selbständigen Wert als Mittel zur Markterkundung.

## C Zweigleisiger Vertrieb und Wettbewerbszwecke

### I. Katalog der Wettbewerbszwecke

#### 1. Fünf ökonomische Wettbewerbszwecke

In der Folge halten wir uns an Kantzenbach's<sup>222</sup> Katalog der fünf Wettbewerbszwecke:

Er nennt drei statische Wettbewerbszwecke, nämlich die **marktleistungsgerechte Einkommensverteilung**, die ohne Ausbeutung aufgrund von Täuschung und Machtmissbrauch abläuft, die **nachfragerbezogene Angebotszusammenstellung**, d.h. die Steuerung der Produktion gemäss der Käuferpräferenzen, und die **optimale Faktorallokation**, d.h. die Steuerung des Mitteleinsatzes im Sinne einer optimalen Verwendung<sup>223</sup>, und zwei dynamische Wettbewerbszwecke, nämlich die datenänderungsbezogene **Anpassungsflexibilität**, d.h. die laufende flexible Anpassung von Produkten und Produktionskapazitäten an neue ausserwirtschaftliche Daten, insbesondere an Veränderungen der Nachfrage und der Produktionstechnik, und der **technischer Fortschritt**.

<sup>222</sup> Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S.15f. und passim.

<sup>223</sup> In neueren Publikationen hat Kantzenbach die statischen Wettbewerbsfunktionen allgemeiner und evolutionsbezogener formuliert (Kantzenbach/Kalfass, S.111).

## 2. Freiheit als Wettbewerbsziel

Bei der Selbststabilisierung eines Systems geht es wesensgemäss auch um "Bestand" und Bestandserhaltung<sup>224</sup>. Die Wettbewerbsfreiheit bildet die Basis für den Bestand des Wettbewerbs. Die Sicherung der Freiheit ist deshalb als Wettbewerbszweck anzuerkennen<sup>225</sup>, freiheitsbeschränkende oder -ausschliessende Wettbewerbshandlungen sind als dysfunktional zu bewerten.

Die Wettbewerbsfreiheit umfasst die Aspekte der Entscheidungsfreiheit des Einzelnen und die Streuung der wirtschaftlichen Macht. Die individuelle Entscheidungsfreiheit kann wiederum unterteilt werden in die formale Freiheit (Gleichheit vor dem Gesetz, Willkürverbot) und die materiale (Entschiessungs-)Freiheit<sup>226</sup>.

## II. Auswirkungen auf die statischen Wettbewerbsfunktionen

### 1. Allgemeines

Bildet die Gewinnsteigerung des Anbieters eine Abweichung von der optimalen Faktorallokation und Einkommensverteilung? Oder wird sie durch die verbesserte Ausrichtung auf die Konsumentenbedürfnisse aufgewogen?

Nach der hier vertretenen Meinung können diese Fragen nicht ohne Berücksichtigung der Zeitdimension beantwortet werden: Entscheidend ist, welche Marktzustände sich im Zeitablauf folgen.

### 2. Relevante Marktzustände

Im Zusammenhang mit der Einführung eines zweigleisigen Vertriebssystems sind

---

224 Luhmann, Einheit des Rechtssystems, S.132.

225 Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S.12f. hat die Wettbewerbsfreiheit als Wettbewerbszweck ursprünglich abgelehnt. Später hat er diese Wettbewerbsfunktion ebenfalls anerkannt in: Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft, in: Helmut Arndt (Hsg.) Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd.1, 2.A., Berlin 1971, S.159-183, S.172: "Gewähr von Entfaltungsmöglichkeiten individueller Freiheit".

226 Dazu Raymond Aron, Essai sur les libertés, Paris 1965, S.210ff.: "x`52.re libre"/"x`52.re capable"; Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.106: "reale Entfaltungschancen"; Merz, Kartellrecht, S.230: rechtliche/faktische Freiheit; Schmidt, Wettbewerbspolitik, S.35; Giersch, Wirtschaftspolitik, S.73, 106ff.; anders Knoepfle, Die marktbezogene Unlauterkeit, S.31.

drei Marktzustände zu beachten: der Marktzustand vor der Einführung, derjenige nach der Einführung und derjenige, der sich aufgrund der dadurch provozierten Marktreaktionen einstellt.

Keinen dieser Zustände können wir an einem hypothetischen Zustand mit einem ideal positionierten Produkt messen. Denn in vielen Fällen gibt es wegen der divergierenden Ansprüche der Nachfrager an die Zusatzleistungen kein solches Einheits-Idealprodukt. Und selbst in den Fällen, in denen es ein solches Idealprodukt als ideale Kombination der Leistungskomponenten gibt, ist es a priori unbekannt.

### 3. Bestimmungsfaktoren für die Marktreaktionen

Der Marktzustand, der einige Zeit nach der Einführung des zweigleisigen Vertriebs eintritt, wird bestimmt durch die Senkung der Markttransparenz aufgrund der Einführung des zweigleisigen Vertriebs und den Grad an interner Substitution.

Wenn dasselbe Basisprodukt unter verschiedenen Marken angeboten wird, erschwert dies für Abnehmer und Konkurrenten die Marktübersicht. Durch die Einführung eines zweigleisigen Vertriebs sinkt in jedem Fall die Markttransparenz<sup>227</sup>. Dieser Effekt ist desto geringer, je stärker andere Produktelemente wie Preis, Zusatzleistungen, Verkaufsstellenimage etc. die Einschätzung des Produkts durch die Nachfrager bestimmen. Im Extremfall, wenn die Zusatzleistungen so stark dominieren, dass die Produktvarianten ihre Austauschbarkeit verlieren, ist die Senkung der Markttransparenz gleich null. Die unterschiedliche Markierung senkt auch dann die Markttransparenz nicht, wenn die Abnehmer mit den unterschiedlichen Marken keine verschiedenen Vorstellungen verbinden.

Ob der Anbieter die interne Substitution und Angleichung beeinflussen kann, hängt davon ab, ob er die Absatzstrategien beider Varianten kontrolliert. Dies ist dann nicht der Fall, wenn eine vom Hersteller, die andere von einem Absatzmittler beherrscht wird (Vertriebswegspaltung). Oder dann, wenn die Varianten von verschiedenen Herstellern vertrieben werden (produktionsrationalisierender zweigleisiger Vertrieb), ohne dass sie ihre Absatzstrategien kartellistisch koordinieren würden.

---

227 Zur Bedeutung der Markttransparenz für die Wettbewerbsintensität und zu ihrer funktionalen Bewertung s.u. III.

Wenn Image, Aufmachung, Preis (inkl. Rabatte und Sonderaktionen) und Absatzweg der einen Variante in deutlichem Abstand von der andern gehalten werden, lassen sich Substitution und Angleichung über längere Zeit ausschalten oder beschränken.

#### 4. Marktreaktion je nach Zusatzleistungsdifferenz

##### a) Zweigleisiger Vertrieb mit deutlicher Zusatzleistungsdifferenz

Wenn die Preisdifferenzierung an Bedeutung hinter der Anpassung an unterschiedliche Konsumentenpräferenzen durch die jeweiligen Zusatzleistungen zurücktritt, ist die Substitution zwischen den Varianten gering. Und in der funktionalen Bewertung dominieren die Auswirkungen der Oeffnung eines neuen Marktes und der Befriedigung neuer Käuferpräferenzen (verbesserte nachfragerbezogene Angebotszusammenstellung). Der Anbieter erbringt eine neue Marktleistung, die zu einer neuen marktleistungsgerechten Einkommenverteilung führt.

Anderes gilt nur dann, wenn die Nachfrager über die Verschiedenheit des mit den Varianten verbundenen Zusatznutzens getäuscht werden, und wenn die unterschiedliche Produkteinschätzung auf einer suggestiven Beeinflussung<sup>228</sup> beruht. Wer täuscht oder suggestiv beeinflusst, verfälscht die Leistungsbewertung durch die Nachfragerseite<sup>229</sup>, gibt falsche Knappheitssignale<sup>230</sup> und verschlechtert so die gesamtwirtschaftliche Faktorallokation.

##### b) Zweigleisiger Vertrieb ohne deutliche Zusatzleistungsdifferenz

Ein preisdifferenzierender zweigleisiger Vertrieb ohne oder mit nur minimal unterschiedlichen Zusatzleistungen orientiert sich nicht an den unterschiedlichen Zusatzleistungserwartungen der Käufer. In diesem Fall entscheidet die **Markttransparenz** und - in einem gewissen Grad - die Strategie des Anbieters darüber, ob sich die unterschiedliche Positionierung der beiden Varianten halten lässt oder nicht.

---

228 Zur Kontroverse über die gesamtwirtschaftliche Wirkung der informativen und suggestiven Werbung grundlegend Baudenbacher, Suggestivwerbung, speziell S.94ff.; Blume/Müller/Röper, Werbung für Markenartikel, passim; Erich Hoppmann, Wettbewerb und Werbung, in: WuW 33 (1983) S.776-779; Erhard Kantzenbach, Zur wirtschaftlichen Beurteilung der Werbung, Eine Erwiderung auf Erich Hoppmann, WuW 34 (1984) S.297-301; Schmidt/Rittaler, S.19, 71f.; Wirth, Werbung und Marktleistung, jeweils m.w.H.

229 Neumann, Wettbewerbstheorie, S.152.

230 Lehmann, Einstandspreis II, S.315.

Ob und in welcher Form der Anbieter den Substitutionsgrad beeinflussen will, wird durch den Zweck bestimmt, den er mit den Produktvarianten verfolgt.

#### α) Funktionaler zweigleisiger Vertrieb

Der zweigleisige Vertrieb ohne Zusatzleistungsdifferenz führt dann zu einer Substitution oder Anpassung der Positionierung, wenn das Schicksal der Varianten nicht im Interesse und zum Schutz der primären Marke oder zur Erhaltung der Preisdifferenz gesteuert, sondern den Marktkräften überlassen wird<sup>231</sup>. Dies ist dann der Fall, wenn der Anbieter den zweigleisigen Vertrieb zur Markterkundung einsetzt und bereit ist, sich im Fall des Erfolgs einer Variante voll auf diese zu stützen. Oder wenn die Produktherrschaft über die beiden Varianten bei verschiedenen Marktakteuren liegt, die selbständig agieren und jeweils ihre eigenen Interessen verfolgen, d.h. bei der Vertriebswegspaltung und der Produktionsrationalisierung.

#### β) Dysfunktionaler zweigleisiger Vertrieb

Die Senkung der Markttransparenz durch die unterschiedliche Markierung gibt dem Anbieter die Möglichkeit, den Einsatz der Zweitmarke derart zu kontrollieren, dass die mit der Erstmarke oder mit beiden Varianten verbundene Gewinnsituation erhalten wird. Wenn es ihm gelingt, durch diesen zweigleisigen Vertrieb die unterschiedliche Positionierung der Erst- und der Zweitmarke oder jedenfalls diejenige der Erstmarke zu stabilisieren, wird dadurch der Gewinn des Anbieters vergrößert, ohne dass sich die Befriedigung der Nachfragerbedürfnisse verbessert. Dieser zweigleisige Vertrieb ist also als dysfunktional zu bewerten.

Dabei ist zu beachten, dass nicht jeder zweigleisige Vertrieb, der mit Diskriminierungsabsicht durchgeführt wird, in dieser Form längerfristig bestehen bleibt. Denn gerade bei dieser Form lässt sich die gesamtwettbewerblich erwünschte interne Substitution<sup>232</sup> längerfristig nicht ausschliessen.

## 5. Folgerungen

In dem Fall, in dem auf den zweigleisigen Vertrieb verzichtet wird<sup>233</sup>, kann auf-

231 Ohne Täuschung oder Markteinsatz.

232 S § 4 C I.4. und o. B I.4.a) sowie o. C II.3.b).

233 Z.B. aufgrund eines richterlichen Verbots, von Verbandsvorschriften oder eigener geschäftspolitischer Entscheidung.



grund der Kenntnis der Marktsituation eine bestimmte Positionierung des eingeleisteten Produkts erwartet werden. Wenn dieses Produkt die drei statischen Wettbewerbsfunktionen, insbesondere die Nachfragerbedürfnisse schlechter befriedigt als die Produktvarianten eines zweigleisigen Vertriebs, ist die Einführung eines zweigleisigen Vertriebs funktional positiv zu bewerten.

In den Fällen, in denen ein alternatives Idealprodukt realistischerweise erwartet werden kann, ist der zweigleisige Vertrieb als dysfunktional zu bewerten. Wenn nicht zu erwarten ist, dass ein solcher zweigleisiger Vertrieb durch interne Substitution ausgeschaltet wird, hat ein Verbot i.S.einer Fremdstabilisierung des Systems bezüglich der statischen Wettbewerbsziele eine funktional positive Wirkung. Derartige Massnahmen sind aber nur sinnvoll, wenn die zweigleisige Vertrieb keine funktionalen Wirkungen bezüglich der dynamischen Wettbewerbsfunktionen hat.

### III. Auswirkungen auf die dynamischen Wettbewerbsfunktionen

#### 1. Wettbewerbsintensität

Anpassungsflexibilität, technischer Fortschritt und Entmachtungszweck des Wettbewerbs sind dann am besten garantiert, wenn sich die individualisierenden, auf Monopolisierung und Produktdifferenzierung gerichteten und die generalisierenden, auf Monopolabbau und Produkthomogenisierung gerichteten Tendenzen im Wettbewerb über einen bestimmten Zeitraum<sup>234</sup> hinweg quantitativ und qualitativ ausgleichen<sup>235</sup>.

Das Verhältnis von Vorstoss und Nachstoss, das Kantzenbach Wettbewerbsintensität<sup>236</sup> nennt, ist unter anderem abhängig von der Beweglichkeit der Nachfrage von den nicht-innovativen Anbietern weg zum Innovator<sup>237</sup>. Diese Beweglichkeit nimmt ab, je intensiver die Nachfragerpräferenzen für die Produkte der nicht-innovativen Anbieter sind. Sie wächst mit der Markttransparenz und der Homogenität der angebotenen Produkte.

---

234 Dazu § 7 A III.2.a).

235 Dazu Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S.35ff. Vgl. Arndt, Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft.

236 Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S.38, 41. Der Begriff findet sich schon bei Jürg Niehans, Das ökonomische Problem des technischen Fortschritts, SZVS 90 (1954), S. 145-156. Kritik an dieser modellhaften Vereinfachung übt Neumann, Wettbewerbstheorie, S.2.

237 Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S.40.

## 2. Zweigleisiger Vertrieb und Wettbewerbsintensität

Im folgenden werden wir untersuchen, in welchem Zusammenhang der zweigleisige Vertrieb zur Wettbewerbsintensität steht, und in welcher Form und bei welchem Grad von Wettbewerbsintensität er für Anbieter und Nachfrager sinnvoll und gesamtwirtschaftlich positiv zu bewerten ist.

Die Einführung einer zweiten Produktvariante führt dazu, dass die Produktdifferenzierung in einem bestimmten Markt verstärkt und die Marktübersicht für Konkurrenten und Abnehmer erschwert wird. Dies hat je nach Marktsituation die im folgenden dargestellten unterschiedlichen Wirkungen auf die Wettbewerbsintensität.

### a) Mögliche Senkung der Wettbewerbsintensität

Wenn ein Anbieter ein Produkt in verschiedenen Varianten anbietet, vergrößert er dadurch tendenziell seine Produktionsmenge, steigert seinen Gewinn, engt den Spielraum der Konkurrenten ein, erhöht die Markteintrittsschranken<sup>238</sup> und sichert die Positionierung der höherpreisigen Variante. Dies bewirkt, dass der auf diesem Anbieter lastende Druck des (aktuellen und potentiellen) Wettbewerbs, die relative Wettbewerbsintensität, sinkt, weil die Angst vor einer Existenzgefährdung durch allfällige innovatorische Schritte von Konkurrenten abnimmt und Reserven gebildet werden können.

### b) Mögliche Erhöhung der Wettbewerbsintensität

Andererseits bringt der Anbieter einer zweiten Variante desselben Basisprodukts das Preisgefüge in Bewegung, belebt den Wettbewerb und verbessert die Bedürfnisbefriedigung der Verbraucher, weil eine neue Produktalternative angeboten wird, die vorteilhafter positioniert (d.h. in der Regel billiger) ist als die bisher angebotenen Produkte. Infolgedessen lockern sich die starren Marktverhältnisse; die Wettbewerbsintensität auf diesem Teilmarkt **erhöht** sich.

## 3. Funktionaler zweigleisiger Vertrieb

Der Anbieter, der den Markt nicht dominiert, dessen Absatz stagniert und der sein

---

238 S.u. D I.2.c).

Produkt auf einem Markt anbietet, auf dem die Produkthomogenität gross und die allgemeine Kapazitätsauslastung gering ist, kann wegen der Preis- und Strukturstarreheit nicht frei agieren und keine maximalen Gewinne erwirtschaften. Fehlende Reserven behindern ihn beim Versuch, seine Situation durch Innovationen zu verändern.

#### a) Preisstarreheit

Bei hoher Markttransparenz, insbesondere wenn die Zahl der Mitanbieter gering und die Homogenität der Produkte gross ist, besteht ein intensiver oligopolistischer Konformitätsdruck: Jede Preissenkung provoziert die Konkurrenten dazu, sofort nachzuziehen. Andererseits hat jede Preiserhöhung einen fast totalen Verlust der Nachfrage zur Folge<sup>239</sup>. In einer solchen Situation muss der Oligopolist innovative Schritte verdeckt durchführen, damit deren Wirkungen nicht sofort durch Reaktionen der Konkurrenten zunichte gemacht werden.

Dafür stehen ihm vor allem Möglichkeiten im Nicht-Preis-Bereich (Werbung, Zusatzleistungen etc.) offen. Er kann nur eine verdeckte Preissenkung vornehmen, indem er den Preis des angestammten Produkts unverändert lässt, dasselbe Basisprodukt aber zusätzlich unter einer zweiten Marke mit tieferem Preis über einen neuen Absatzweg oder in einer anderen Produktklasse vertreibt. Dadurch erhöht er den Wettbewerbsdruck auf die Konkurrenten nicht und zwingt sie darum nicht zu Reaktionen.

Dass der zweigleisige Vertrieb die Wettbewerbsintensität senkt, ist in diesem Fall durchaus erwünscht, zumal dadurch die Wettbewerbsfreiheit nicht beschränkt wird<sup>240</sup>. Er macht eine preissenkende und mengenausdehnende Strategie, die langfristig zu einem Aufweichen des starren Preisgefüges führt, erst möglich. Der zweigleisige Vertrieb ist darum auf gut überschaubaren Publikumsmärkten (Skis, Büromaschinen, Kosmetika etc.) weit verbreitet.

#### b) Strukturelle Starrheit

Auf dem Markt eines traditionellen, "alten" Produkts kann eine strukturell erstarrte

---

239 Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S.87, (auch 103, 118f.), spricht von überoptimaler Intensität des potentiellen Wettbewerbs, welche die Gefahr eines Preiskriegs oder einer Kartellierung mit sich bringe, wodurch die effektive Wettbewerbsintensität in den suboptimalen Bereich sinke.

240 Dies im Gegensatz zur von Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S.109f., 147f., empfohlenen Teil-Kartellierung. Vgl. Jacob-Steinorth, S.22f.

Angebotssituation bestehen: Hohe Marktaustrittsschranken verhindern die im Rahmen der Produktentwicklung notwendig werdende Verkleinerung der Anbieterzahl. Hohe persönliche Vertriebsverbundenheit<sup>241</sup>, hohe und nicht mehr zurückzugewinnende Investitionskosten etc. lassen es nicht zu, dass Betriebe, die nur oder nicht einmal ihre Kosten erwirtschaften und denen für notwendige innovative Schritte der Finanzspielraum fehlt, nicht aus dem Markt ausscheiden. Eine derartige, als "ruinöse Konkurrenz" bezeichnete Marktsituation tritt häufig in den Bereichen der landwirtschaftlichen Familienbetriebe, traditionellen Handwerksbetriebe, Detailverkaufsläden etc. auf<sup>242</sup>.

Charakteristisch für diese Wettbewerbssituation sind die unzureichenden Gewinne. Wenn es einem Anbieter gelingt, sein Produkt unter einer andern Marke zusätzlich auf einem andern als dem ruinösen Markt anzubieten, kann er Gewinne erwirtschaften, die es ihm erlauben, aus dem ruinösen Stadium herauszugelangen<sup>243</sup>. U.U. kann er dann in einem zweiten Schritt auch auf dem Erstmarkt innovativ auftreten und den Wettbewerb beleben.

Eine weitere Möglichkeit, die Gewinnsituation zu verbessern, besteht darin, dass sich verschiedene Anbieter zu einem produktionsrationalisierenden zweigleisigen Vertrieb<sup>244</sup> zusammenschliessen. Diese Strategie hilft mittelständischen Produzenten, gemeinsam die Vorteile der Massenproduktion wahrzunehmen und ihre Konkurrenzfähigkeit gegenüber grösseren Anbietern zu fördern<sup>245</sup>. Auch dadurch erhöht sich die Wettbewerbsintensität in erwünschter Weise.

### c) Fazit

In Situationen mit starren Preisen oder Marktstrukturen bewirkt ein zweigleisiger Vertrieb, dass sich die Gewinnsituation des Anbieters verbessert, weil er das Basisprodukt zusätzlich in einer neuen Positionierung absetzen kann. In beiden Fällen

241 Bedingt durch traditionelle Berufsgesinnung und hohe Berufsverbundenheit, auch weil der Betriebsführer häufig gleichzeitig Eigentümer ist. Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S.46 und passim, spricht in diesem Fall von suboptimaler Wettbewerbsintensität; Bain, S.469 (auch Almarin Phillips) von exzessivem Wettbewerb. Vgl. dazu auch Ernst Heuss, Wettbewerb, S.687.

242 Aus diesem Grund vertreiben die kleinsten Markenartikelhersteller ihre Produkte zu 100% zweigleisig, S. § 18 C I.4.

243 Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S.46; ders., Die Funktionsfähigkeit (als Replik), S.217. Die weitere Senkung der Wettbewerbsintensität spielt bei dieser Marktsituation keine Rolle. Beispiele wären Landwirte, welche ihre Produkte direkt an private Konsumenten und an die Verwertungsgenossenschaften liefern (sofern keine Zwangsgenossenschaften mit Lieferverpflichtung bestehen), kleinere Produzenten, welche neben dem Detailhandel auch einen Grossverteiler unter dessen Eigenmarke beliefern etc. Meist ist die Marktstellung von Produzenten in der genannten Situation allerdings für einen zweigleisigen Vertrieb nicht stark genug.

244 S. § 3 C.

245 Er kann allerdings mit einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede verbunden werden.

ist der zweigleisige Vertrieb im Sinne von Clarks "Gegengift"-These geeignet, als "remedial imperfection" die Starrheit einer Marktsituation<sup>246</sup> aufzubrechen und eine neue Phase des dynamischen Wettbewerbs einzuleiten. In beiden Fällen ist also auch ein im Lichte der statischen Wettbewerbszwecke dysfunktionaler zweigleisiger Vertrieb bei einer gesamtwettbewerblichen Betrachtung funktional erwünscht.

#### 4. Dysfunktionaler zweigleisiger Vertrieb

Der Oligopolist auf einem Markt mit hoher Produktdifferenzierung oder der Monopolist kann den zweigleisigen Vertrieb ohne Zusatzleistungsdifferenz dazu verwenden, die Positionierung der höherpreisigen Marke abzusichern<sup>247</sup> oder durch Preisdifferenzierung seinen Gewinn zu erhöhen, ohne sein Angebot zu verbessern. Dieser - dysfunktionale - zweigleisige Vertrieb wird in der Literatur häufig als einzige Form des zweigleisigen Vertriebs erwähnt<sup>248</sup>. In der Praxis ist er allerdings relativ selten.

Wenn ein Anbieter sein Basisprodukt in einer derartigen Situation erfolgreich langfristig zweigleisig vertreiben kann, reicht die Selbststeuerung des Wettbewerbs nicht aus, um ein funktionales Ergebnis herbeizuführen<sup>249</sup>. Es sind also fremdstabilisierende Eingriffe in den Wettbewerbsprozess notwendig.

---

246 Beide Marktsituationen treten im Normalfall erst in einer späten Marktphase eines Produkts auf. S. § 3 A I. und II.

247 S.u. D I.2.

248 Auf derartige Marktsituationen bezieht sich die Ablehnung des zweigleisigen Vertriebs durch Neumann, Wettbewerbstheorie, S.151f., der ihn als "wettbewerbsbeschränkende Pseudo-Produktdifferenzierung" bezeichnet. Dies beruht wohl darauf, dass er den zweigleisigen Vertrieb und die suggestiven oder täuschenden Mittel, mit denen er durchgeführt wird, gleichsetzt. Ebenso negativ Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.167.

249 Nur diesen Fall bezeichnen wir im folgenden als 'preisdiskriminierenden' zweigleisigen Vertrieb.



## D Zweigleisiger Vertrieb und Wettbewerbsfreiheit

### I. Freiheit der Konkurrenten

#### 1. Allgemeines

Die Freiheit der Konkurrenten ist so lange nicht begrenzt, als ihre Möglichkeiten zur Imitation und Innovation nicht durch staatliche Massnahmen und unternehmerische Praktiken<sup>250</sup> beschränkt sind. Das Unternehmen schafft dadurch, dass es ein schon zuvor vertriebenes Basisprodukt unter einer andern Marke anbietet, ein neues Monopolelement<sup>251</sup>.

Als primär durch die Markierung gesichertes monopolistisches Element bedeutet der zweigleisige Vertrieb an sich, wenn er nicht mit Täuschung oder Machteinsatz verbunden ist, keine Einschränkung der Marktfreiheit der Konkurrenten. Er kann aber allerdings Teil einer Strategie der Machtausübung mit freiheitsbeschränkenden Wirkungen sein.

#### 2. Mischkalkulation zwischen den Varianten

##### a) Verdrängungsmissbrauch

##### α) Ohne Missbrauchstransfer

Ein Unternehmen mit Marktmacht kann die zweite Variante eines zweigleisigen Vertriebs dazu verwenden, einen Konkurrenten gezielt zu unterbieten und gleichzeitig "die renommierte (Erst-)Marke vom Odium des Schleuderpreises freizuhalten"<sup>252</sup>. Dies geschieht dadurch, dass der Anbieter Gewinne, die er mit dem angestammten Produkt ohne Preismissbrauch erwirtschaftet, dazu einsetzt, um den Vertrieb der Zweit- oder Kampfmarke zu subventionieren<sup>253</sup>.

250 Von Hoppmann, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, S.160, als "willkürliche Markthindernisse", von Klaus Herdzina, Wettbewerbspolitik, Stuttgart 1984, S.84ff., als "künstliche, willkürliche, nicht leistungsbedingte" Beschränkungen des Handlungsspielraums von Marktteilnehmern bezeichnet.

251 Zu den wirtschaftlichen Aspekten des monopolistischen Charakters von markierten Produkten vgl. Edward H. Chamberlin, The Theorie of Monopolistic Competition, 8.A., Cambridge (Mass.) 1962, dt. auszugsweise in: Wettbewerbstheorie, Hsg. K.Herdzina, S.76-89; Lehmann, Theorie der Property Rights und Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums.

252 Stöhr, S.128 FN 2.

253 Man spricht von **Aggressionssubventionierung**, Angriffstransfer, Ausnutzen konglomeraler

Der Anbieter kann z.B. mit der Zweitmarke, die er zu Schleuderpreisen vertreibt, eine Zusatzleistung imitieren, welche ein Konkurrent bei seiner Erstmarke bewusst pflegt. Damit verfolgt der Anbieter das Ziel, die Konkurrenzmarke in den Tiefpreissektor zu ziehen, ohne dabei den Preis der eigenen Erstmarke senken zu müssen<sup>254</sup>.

Eine derartige Unterbietungsstrategie hat zum Ziel, nach der Verdrängung dieses Konkurrenten nicht marktkonforme Monopolgewinne erwirtschaften zu können<sup>255</sup> (Verdrängungsmissbrauch). Als ausschliesslich auf Verdrängung von Konkurrenten gerichtete Wettbewerbshandlungen ist sie immer dysfunktional (intentionale Beurteilung), auch wenn die Möglichkeit zum späteren Fordern von Monopolpreisen nur auf Märkten mit relativ hohen Eintrittsbarrieren gegenüber potentiellen Konkurrenten besteht.

β) Mit Missbrauchstransfer

Der Anbieter verwendet die Gewinne, die er mittels Preismissbrauch aus dem von ihm beherrschten Markt der Erstvariante zieht, dazu, die Zweitmarke zu subventionieren, um durch gezielte Preisunterbietung Konkurrenten zu verdrängen. Dieser Missbrauchstransfer verstärkt die dysfunktionale Wirkung des zweigleisigen Vertriebs noch zusätzlich.

b) Absicherung der Positionierung

Der Ressourcentransfer kann auch der **defensiven** Erhaltung einer Variante in ihrer bisherigen Positionierung dienen: Der Anbieter verwendet Gewinne der einen Variante dazu, um die Positionierung der andern zu erhalten<sup>256</sup>. Dies senkt die Wettbewerbsintensität auf dem betreffenden Markt und erhöht die Markteintrittsschranken für potentielle Konkurrenten<sup>257</sup>.

---

Marktmacht, Grössen- oder Diversifikationsmacht, "deep-pocket-strategy", Kreuz-Subventionierung, o.ä. Vgl. dazu Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, § 22, RN 58; Barbey, Kartellgesetz und marktmächtige Pharmaunternehmen, S.123 und 129ff.; Volker Emmerich, Fusionskontrolle und überragende Marktstellung unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmenskonzentration bei der öffentlichen Hand, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, FS für Franz Böhm zum 80.Geburtstag, Tübingen 1975, S.119-134, vor allem S.126ff.; Neumann, Wettbewerbstheorie, S.105ff., 153ff.; Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, S.212f.; Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S.385ff. mit Beispielen auf S.387f.; Schmidt, Wettbewerbspolitik, S.133ff. Beispiele aus dem Glühlampen- und Handschuhsektor bei Jacob-Steinorth, S.30, 43.

254 Grundlegend dazu Philipp Areeda/Donald F.Turner, Predatory Pricing and Related Practices under Sec.2 of the Sherman Act, H.L.Rev.88 (1975) S.697-733 (mit einem Grenzkostenansatz); Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.111f.; a.M. Richard A.Posner, The Robinson Patman Act, Federal Regulation of Price Differences, Washington DC 1976 (s. § 16 C III.).

256 Strategisch motivierter zweigleisiger Vertrieb, s. § 3 B II.

257 Mit der Rolle der Markteintrittsschranken befasst sich ausführlich die Theorie des "contestable

Auch wenn dabei eine suboptimale Allokation von Ressourcen zu vermuten ist, kann sich die funktionale Bewertung nicht auf die unternehmensinterne Mischkalkulation erstrecken<sup>258</sup>. Die Bewertungskriterien sind also dieselben wie beim zweigleisigen Vertrieb ohne Machteinsatz<sup>259</sup>. Die Vergrößerung des Angebots im Marktsektor der subventionierten Marke kann zu einer erwünschten Erhöhung der dortigen Wettbewerbsintensität und gleichzeitig zu einer - u.U. ebenfalls erwünschten - Senkung der Wettbewerbsintensität auf dem Marktsektor der Erstmarke führen (Entlastungssubventionierung).

### 3. Keine Mischkalkulation zwischen den Varianten

#### a) Unbeeinflusstes Spiel der Marktkräfte

Es ist denkbar, dass der Anbieter - jedenfalls nach einer kurzen Einführungsphase (Innovationssubventionierung) - auf die Subventionierung einer Variante verzichtet. Diese setzt sich selbst durch oder verschwindet wieder.

#### b) Einzelvariantenbezogener Machtmissbrauch

Jede der Varianten kann auch selbständig Teil einer auf Verdrängung eines Konkurrenten gerichteten Machtstrategie sein. Dann handelt es sich aber um einen Machtmissbrauch, der unabhängig vom zweigleisigen Vertrieb durchgeführt wird.

#### c) Zweigleisiger Vertrieb und Markteintrittsschranken

Eine Erhöhung des Grades an Produktdifferenzierung auf einem bestimmten Markt erschwert<sup>260</sup> zwar allfälligen potentiellen Anbietern den Markteintritt. Aber dies wird bei einem zweigleisigen Vertrieb mit Zusatzleistungsdifferenz durch die bessere und differenziertere Befriedigung der Bedürfnisse der Nachfrager aufgewogen und ist funktional nicht unerwünscht.

---

market".

Diese Theorie wird umfassend dargestellt in: William J. Baumol, John C. Panzar, Robert D. Willig (Hsg.), *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*.

258 Schlup, Wettbewerbsverfälschung, S.513; ders., Kartellähnlicher Konzern, S.389.

259 S.o. C III.3.

260 So Bain, S.255ff.: "Product differentiation advantages of established firms". Dysfunktional ist dagegen die mit der (suggestiven) Werbung für eine Variante verbundene "Marktausschliessungsfunktion" (Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.97f.).

Anderes gilt dann, wenn die zweite Variante gezielt zur Absicherung der Produktpositionierung beider oder der höherpreisigen Variante eingesetzt werden. In diesem Fall entspricht das Fernhalten von Konkurrenten einer dysfunktionalen Strategie, nicht einer tatsächlichen 'stabilen' Form der Befriedigung der Nachfragerbedürfnisse.

## **II. Wahlfreiheit der Marktgegenseite**

### **1. Vergrößerung der Wahlfreiheit**

Die Wahlfreiheit der Konsumenten wird durch das offene Anbieten zweier Produktvarianten vergrößert. Denn die offene, indirekte Spaltung des Produktmarkts, verbunden mit einer Senkung der Markttransparenz, bildet noch keine wettbewerbsrelevante Beschränkung der Wahlfreiheit der Abnehmer.

### **2. Einschränkung der Wahlfreiheit durch Machteinsatz**

#### **a) Allgemeines**

Die Wahlfreiheit der Marktgegenseite wird eingeschränkt, wenn einer Gruppe von Abnehmern die Möglichkeit genommen wird, von den Gelegenheiten, die der besser gestellten Gruppe geboten werden, Gebrauch zu machen.

Dies setzt voraus, dass das betreffende Unternehmen marktmächtig ist<sup>261</sup> und eine direkte Marktsplaltung erzwingen kann. In diesem Fall bildet in erster Linie der Machtmissbrauch, nicht der zweigleisige Vertrieb die Freiheitsbeschränkung.

#### **b) Nicht gegenüber Letztabnehmern**

Die unterschiedliche Markierung als Mittel der indirekten Marktsplaltung beruht wesentlich darauf, dass die Abnehmer unter den Varianten frei wählen können. Eine Einschränkung der Wahlfreiheit der Letztabnehmer kann damit also prinzipiell nicht verbunden sein.

---

261 Hoppmann, Behinderungsmissbrauch, S.23.

### c) Gegenüber Absatzmittlern

Der zweigleisige Vertrieb spielt eine vielfältige Rolle im Rahmen von Marktstrategien zwischen Herstellern und Absatzmittlern. Damit befassen wir uns ausführlich im § 17.

## 3. Wettbewerbsverfälschung ohne Marktmacht

Der zweigleisige Vertrieb ist prinzipiell ein Mittel der Marktsplattung durch Senkung der Markttransparenz<sup>262</sup>. Deshalb kann er auch von einem nicht marktmächtigen Anbieter dazu verwendet werden, durch dysfunktionale Preisdifferenzierung oder Stabilisierung der Erstmarke auf einem ungerechtfertigt hohen Preisniveau missbräuchliche Gewinne abschöpfen.

---

262 Auch auf einem vollkommen offenen Markt sind dysfunktionale Handlungen durch Täuschung, Suggestion, willkürliche Senkung der Markttransparenz etc. möglich.



### 3. TEIL JURISTISCHE BETRACHTUNG I: KEIN MACHTBEZUG

In der folgenden **juristischen Betrachtung der zweiten Marktstufe** beschäftigen wir uns mit dem zweigleisigen Vertrieb ohne Machtbezug im Lichte des Marken-, Lauterkeitsrechts- und Schuldrechts.

#### 1. KAPITEL MARKENRECHT

Die Beschäftigung mit dem Markenrecht soll uns drei Fragen beantworten:

- 1) Wie verhält sich der zweigleisige Vertrieb zu den verschiedenen in Lehre und Rechtsprechung vertretenen juristischen Definitionen und Funktionsbestimmungen der Marke?<sup>1</sup>
- 2) Wie lässt sich der zweigleisige Vertrieb mit dem subjektiven Markenrecht vereinbaren?<sup>2</sup>
- 3) Welche Markenrechtsverletzungen können im Zusammenhang mit dem zweigleisigen Vertrieb vorkommen?<sup>3</sup>

#### § 9 DIE MARKE

##### A Definition

##### I. Zwei Begriffe der Marke

Es gibt zwei Begriffe der Marke, die unterschiedlichen Realitätsebenen angehören: Die Marke als **Erscheinung des wirtschaftlichen Lebens**, wie wir sie im zweiten Teil dieser Arbeit kennen gelernt haben, auf der Seinsebene, und die Marke im **Rechtssinn**, wie sie im schweizerischen MSchG, im deutschen WZG, in der PVUe, Art. 6ff., etc. geregelt ist, auf der Sollensebene.

---

1 S. § 9.

2 S. § 10 A.

3 S. § 10 B.

Durch den Gebrauch eines unterscheidungsfähigen Zeichens kann der Anbieter das von ihm vertriebene Produkt markieren und so die Kommunikation mit dem Konsumenten aufnehmen, ihm Informationen übermitteln und von ihm Informationen erhalten<sup>4</sup>. Dazu braucht er weder Rechtsschutz noch Verbotungsrecht. Aus diesem Grund ist die Marke ein **vorrechtlich existierendes, eigenwertiges Gut**<sup>5</sup>. Die Marke als Kommunikationsmittel bleibt allerdings unvollkommen und störungsanfällig, solange nicht im Interesse von Anbieter und Nachfrager jedem Dritten verboten werden kann, die Marke ebenfalls zu benutzen. Um diesem Rechtsschutzbedürfnis zu genügen, gibt der Gesetzgeber einem Anbieter das Alleinbenutzungsrecht an einem unterscheidungsfähigen Zeichen, das von der Rechtsordnung definiert und als Marke bezeichnet wird.

Die beiden Markenbegriffe auf der Seins- und Sollensebene existieren trotz ihrer prinzipiellen Verschiedenheit nicht losgelöst voneinander: Wir haben davon auszugehen, dass die Rechtsordnung die Probleme lösen will, die sich im Zusammenhang mit der tatsächlichen, vorgegebenen Marke stellen. Dieses Ziel wird desto vollständiger erreicht, je mehr der juristische Markenbegriff<sup>6</sup> auf die Marke als wirtschaftliche Erscheinung abgestimmt ist.

Eine rechtliche Markendefinition, die wichtige, wirtschaftlich bedeutungsvolle und als rechtlich schutzwürdig erkannte Aspekte der Marke ignoriert und aus dem Regelungsbereich des MSch ausklammert, bewirkt, dass ein Teil des Gesetzeszwecks nicht erreicht wird. In diesem Fall muss der Schutz dieses wirtschaftlichen Aspekts der Marke, auf dem Weg der Interpretation der UWG-Generalklausel als Auffangnorm verwirklicht werden<sup>7</sup>. Eine bloße Uebernahme des realen Markenbegriffs in allen seinen wirtschaftlichen Aspekten würde dagegen den Schutzbereich des MSchG überdehnen. Die Rechtsordnung anerkennt und schützt die einzelnen wirtschaftlichen Aspekte der Marke vielmehr erst nach einer wertenden Beurteilung<sup>8</sup>.

---

4 Aehnlich Schluep, Markenrecht, S.338.

5 Auf das "meta-rechtliche Sein" der Marke hat Troller mit Nachdruck hingewiesen: IGR, I Bd., S.205f., und Wesen und Unwesen der Marke, S.302; ebenso Schluep, Markenrecht, S.1ff., 33ff., 60ff.; anders Vanzetti, Funktion, S.193; Behner-Wittwer, S.13; zur Kritik an der phänomenologischen Auffassung Schluep, Markenrecht, S.328ff.

6 S.u. C I.2.

7 Zum Begriff der Ausstattung, der alle (aus rechtlichen oder faktischen Gründen) nicht eingetragenen Warenkennzeichen umfasst, vgl. Troller, IGR I, S.551; Baumbach/Hefermehl, WZG, Einl. RN 38; Andreas Raduner, Der Schutz der nicht eingetragenen Fabrik- und Handelsmarke nach schweizerischem Recht, Diss Zürich 1949.

8 Schluep, Markenrecht, S. 65, S. 13 mit Hinweis auf den durch das MSchG materiell beschränkten Inhalt der Aussage und die modal und formal bestimmte Ausgestaltung des Zeichens.

## II. Juristische Markendefinition

### 1. Fehlende Legaldefinition

Das schweizerische Markenschutzgesetz enthält, ebenso wie das deutsche WZG, keine Legaldefinition der Marke. Art.1 MSchG beinhaltet nicht mehr als einen Hinweis darauf, was mit "Marke" gemeint sei<sup>9</sup>. Der vom Markenrecht vorausgesetzte Begriff der Marke muss erst noch definiert werden.

### 2. Elemente des Markenbegriffs

Jede Definition der Marke umfasst zwei Elemente:

- Das Phänomen der Marke, das im Bewusstsein wahrgenommen wird, "wenn alle wissenschaftlichen Aussagen über sie, alle ordnenden Vorstellungen und alle wirtschaftlichen Zweckvorstellungen eingeklammert sind"<sup>10 11</sup>, und
- ihre Funktion, ihren Zweck<sup>12</sup>.

## B Wesen der Marke

### I. Marke als Zeichen

Zahlreiche Vertreter einer phänomenologischen Definition sehen das Wesen der Marke im **Zeichen**: "Die Marke ist ein auf der Ware oder deren Verpackung angebrachtes Kennzeichen"<sup>13</sup>. "Marken (sind) Zeichen, die der Erkenntnis von Sachverhalten dienen, die nicht unmittelbar aus dem bezeichneten Objekt folgen."<sup>14</sup>

---

9 So Pierre-Jean Pointet, La protection de la marque, S.87ff.; ders. Diskussionsbeitrag, ebenda, S. 525. Art.1 MSchG betrachten als weitgefasste Definition: Troller, IGR 1, S.210; Patrick Troller, Kollisionen, S.36. In § 1 dt.WZG sehen mit guter Begründung keine Definition: Heydt, Funktion S.344; Schreiner, Dienstleistungsmarke, S.423.

10 Phänomenologische Bestimmung des Wesens, so Troller, Wesen und Unwesen, S.302, gestützt auf die Husserlsche Methode der phänomenologischen Reduktion. Diese Erkenntnismethode hat Troller selbst dargestellt in: Ueberall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M. 1965, S.23-58; und in: Die Begegnung von Philosophie, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, Basel/Stuttgart 1971, S.56-83; vgl. auch Das Gesetz im Recht, S.35ff. Kritisch dazu Berner-Wittwer, caractère, S.13; Karl Engisch, Literaturbericht Philosophie, ZStW 80 (1968), S.639-693 (S.676).

11 S.u. B.

12 S.u. C.

13 Matter, Kommentar, S.40.

## II. Marke als Bewusstseinsphänomen

Einen anderen Weg beschreitet Troller, für den die Marke ein **Bewusstseinsphänomen** ist, nämlich "die im Bewusstsein (des Nachfragers) einheitliche Vorstellung von Zeichen und individueller Ware oder Leistung"<sup>15</sup>.

Die bewusstseinsbezogene Definition ist dahingehend zu präzisieren, dass sich die einheitliche Vorstellung prinzipiell erst dann einstellt, wenn dem Käufer das Zeichen in einer realen Verbindung mit der Ware nahe gebracht wird. Sonst wäre die Markendefinition auf die bekannte Marke, die schon Verkehrsgeltung erlangt hat, eingeschränkt<sup>16</sup>.

Da sich die Herrschaftsmacht des Berechtigten bei der bewusstseinsbezogenen Markendefinition nur auf das Zur-Erscheinung-Bringen der Marke in Verbindung mit den zugehörigen Waren bezieht<sup>17</sup>, und da auch die Vertreter der zeichenbezogenen Definition der Marke dieses an bestimmte Waren binden, führt die Anwendung beider Theorien in der Regel zu demselben Ergebnis.

## III. Anwendung auf den zweigleisigen Vertrieb

### 1. Marke als Zeichen

Die zeichenbezogene Markendefinition lässt sich mit dem zweigleisigen Vertrieb ohne weiteres vereinbaren: Zwei Zeichen - zwei Marken.

### 2. Marke als Bewusstseinsphänomen

Anders die bewusstseinsbezogene Definition: Wenn die Identität der Ware in der Vorstellung des Publikums durch das Basisprodukt bestimmt wird, verbindet dieses mit mehreren Zeichen jeweils die Vorstellung derselben Ware oder Leistung. Es handelt sich in diesem Fall bei den Marken der zweigleisig vertriebenen Produktvarianten um **hinkende Marken**, die in bezug auf die Marke der andern Vari-

14 Schluep, Markenrecht, S.13; vgl. auch Heinrich David, Kommentar, N 1 und 3 zu Art.1; Baumbach/Hefermehl, WZG, Einl. RN 2.

15 Wesen und Unwesen, S.302, 305; ders., IGR I, S.206ff.; Patrick Troller, Kollision, S.42; Spoendlin, Markenrecht, S.30: Die Marke ist ein "Rechtsgut, das aus Bewusstseinsinhalten des Publikums besteht"; vgl. auch Baumbach/Hefermehl, WZG, Einl. RN 6.

16 Was Troller ja nicht will. Vgl. ders., Die berühmte Marke, Seite 57.

17 Und nicht etwa auf Vorgänge im Bewusstsein der Nachfrager. Dazu Troller, IGR I, S.71, 211.

anten unvollständig ausgebildet sind. Sie hängen zusammen wie siamesische Zwillinge, verbunden durch den gemeinsamen Bezug auf das identische Basisprodukt. Es sind nur dann vollständige Marken, wenn für die Käufer unterschiedliche Zusatznutzenformen massgeblich sind. Die Unvollständigkeit der Marken bleibt allerdings verborgen, wenn die Identität des Basisproduktes nicht erkannt wird.

## C Funktionen der Marke: Stand der Lehre

### I. Allgemeines

#### 1. Wirtschaftliche und rechtliche Funktionen

Die **wirtschaftlichen Funktionen** der Marke, d.h. die Funktionen, welche die Marke tatsächlich im Wirtschaftsgeschehen zu erfüllen vermag, haben wir im ersten Teil dargestellt<sup>18</sup>. Es geht im folgenden darum zu bestimmen, welche wirtschaftlichen Funktionen **rechtlich** relevant sind, d.h. ein Element der juristischen Markendefinition bilden und vollumfänglich oder jedenfalls in bestimmten Teilbereichen zugunsten des Markenrechtsinhabers geschützt werden sollen. Diese Frage ist in der juristischen Literatur Gegenstand einer langen, noch nicht abgeschlossenen Diskussion<sup>19</sup>.

18 Zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und rechtlicher Funktion: Vanzetti, Funktion, S.129; Sack, Rechtliche Funktionen, S.403; Schluep, Markenrecht, S.64ff.; Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, S.234; Schreiner, S.416ff.

19 Für Heinrich David, Kommentar, N 1 zu Art.1 sind "Zweck und Begriff" der Marke untrennbar. Baumbach/Hefermehl, WZG, Einl. RN 3: "Marken dienen keinem Selbstzweck".

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien hier aus der umfangreichen schweizerischen Literatur, die sich mit den Funktionen der Marke befasst, erwähnt: Bener-Wittwer, caractère, S.9ff.; von Büren, Aktuelle Fragen aus Wettbewerbs- und Markenrecht, S.148ff.; David, Zur Definition, S.16f.; David, Kommentar, N 4 zu Art.1; Graffenried, S.14 und 45f.; Hauser, Zur Inzidenz der Publikumsinteressen auf Wesen und Umfang des Markenrechts, S.57ff.; Jene-Bollag, S.4ff.; Martin-Achard, La cession libre de la marque, S.34ff.; Matter, Kommentar, S.41; Schluep, Markenrecht, S.60 - 83; ders., Die Rechtssprechung des EuGH im Lichte der Schweizerischen Rechtsprechung, S.238ff.; Spoendlin, Verzicht, S.2ff.; ders., Das Markenrecht im Lichte der schutzwürdigen Interessen, S.14f., 30; R.Storkebaum, Wirtschaftliche Bedeutung, Funktion und Zweck der Marke, in: Jahresbericht der Schweizergruppe der AIPPI 1976, Mitt. 1976, S.119-151 (S.148); Troller, Wesen und Unwesen, S.305ff.; Troller, IGR I, S.212ff.; Patrick Troller, Kollisionen, S.37ff.; Zehnder, Begleitende Marke, S.3ff.

Aus der ausländischen Literatur: Balz, Paradigmenwechsel im Warenzeichenrecht?, S.321f.; Baumbach/Hefermehl, WZG, Einl. RN 6-18; Beier/Krieger, Wirtschaftliche Bedeutung, Funktion und Zweck der Marke, S.125ff.; Beier, Die Funktion der Marke; Bericht der deutschen Landesgruppe für den Kongress der Internationalen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz 1983, darin: Frage 80, Marke und Verbraucherschutz, S.103ff.; Burgbacher, Warenzeichenlizenzverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S.17ff.; Franceschelli, Marchi d'impresa, S.29ff.; Hertzog, Functional Theory in Trade Mark Law, spez. S.19ff.; Heydt, Zur Funktion der



## 2. Bedeutung der rechtlichen Markenfunktion

Die rechtliche Markenfunktion bildet ein Element der juristischen Markendefinition. Als solche muss es sich um eine mit jeder Marke, unabhängig von ihrer Ausgestaltung, ihrer Verkehrsgeltung, der sie begleitenden Werbung etc. verbundene wirtschaftliche<sup>20</sup> Funktion handeln. Sie dient als Anhaltspunkt für die Auslegung der Normen des MSchG und für die Abgrenzung des markenrechtlichen Schutzbereichs gegenüber dem Regelungsbereich des Kartell- und Lauterkeitsrechts<sup>21</sup>.

Es geht um die Bestimmung der spezifisch markenrechtlichen Aufgabe im Rahmen des Schutzes des freien und unverfälschten Wettbewerbs<sup>22</sup>, wobei "das Markenrecht als gewerbliches Schutzrecht innerhalb seines Geltungsbereiches das Verhältnis zwischen freiem Wettbewerb und Schutz der monopolistischen Position bereits verarbeitet hat"<sup>23</sup>.

Für die Anerkennung als rechtliche Markenfunktionen kommen darum nur Funktionen in Frage, die für alle beteiligten Marktakteure, Anbieter und Nachfrager<sup>24</sup>, relevant sind<sup>25</sup>. Wohl ist jedes Wirtschaftssubjekt frei, mit der Marke seine eigenen Ziele zu verfolgen. Aber rechtlich schützenswert können nur die für alle Marktpartner relevanten und bezüglich der Ziele des Gesamtsystems funktionalen

---

Marke, 339ff.; Kraft, Verbraucherschutz in Markenrecht, S.416ff.; Gerda Krüger-Nieland, Neue Beurteilungsmassstäbe für die Verwechslungsgefahr im Warenzeichenrecht? GRUR 1980 S.425-429 (S.427f.); Lehmann, Wettbewerbs- und warenzeichenrechtliche Bemerkungen zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 6. Oktober 1983 - Verkauf unter Einstandspreis II, S.315ff.; Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, S.219ff.; Oppenhoff, Wandel der Markenrechtskonzeption?, S.433ff.; Sack, Die rechtliche Funktion des Warenzeichens, S.445-504; Schreiner, Die Dienstleistungsmarke, S.413ff.; Tietgen, Die Unterschiede zwischen Fabrik- und Händlermarken, S.37ff.; Vanzetti, Funktion.

20 Andere als im wirtschaftlichen Bereich von der Marke tatsächlich erfüllten Funktionen stehen für die rechtliche Anerkennung nicht zur Diskussion, da das Recht sinnvollerweise nicht auf eine Leistung abstellt, die tatsächlich nicht erbracht wird. So sehr deutlich Schreiner, Dienstleistungsmarke, S.417.

21 Schluep, Kartellrechtliche Grenzen, S.539; Bericht 1983, S.104. Auf den engen Zusammenhang zwischen Markenrecht und Wettbewerbsrecht i.e.S. (UWG, KG) infolge der gemeinsamen Ausrichtung auf die Marktordnung weisen auch folgende Autoren hin: Baumbach/Hefermehl, UWG, Allg. RN 101, WZG, Einl. RN 22: "Das Markenrecht gilt als Teil des Wettbewerbsrechts." Von Büren, Kommentar, Allg. N 82-89, S.31f.: "Das UWG verstärkt und ergänzt das Markenrecht, wo es um Ausmass und Ausdehnung des Kennzeichnungsschutzes geht."

22 Schluep, Kartellrechtliche Grenzen, S.536.

23 Zschokke, zit. bei Schluep, MSchG und KG, S.404; Schluep, Kartellrechtliche Grenzen, S. 536: "Warenzeichenrechtliche Schranken (sind) zugleich auch lauterkeitsrechtliche Grenzen".

24 Zum Begriff des Publikums Heinrich David, Kommentar, N 7 zu Art.24; Spoendlin, Schutzbedürfnis, S.234ff.; Troller, IGR I, S.314.

25 Dies folgt aus dem Zusammenhang zwischen Markenrecht und allgemeinem Wettbewerbsrecht und gilt unabhängig davon, dass nur dem Anbieter ein subjektives Recht eingeräumt wird. So schon Iklé, S.S.114f. und Vanzetti, Equilibrio, S.255f.

26 Von der markenrechtlich relevanten Markenfunktion zu unterscheiden ist der funktionale Bezug

Zwecke sein<sup>26</sup>. Die Markenfunktion ist darum nicht mit dem Bewusstseinsinhalt<sup>27</sup> oder den Absichten<sup>28</sup> einer bestimmten Gruppe von Wirtschaftssubjekten gleichzusetzen.

## II. Die einzelnen Funktionen im Ueberblick

In der Literatur werden folgende Zwecke für die Anerkennung als rechtliche Markenfunktionen vorgeschlagen:

- Die Unterscheidung der mit einer bestimmten Marke versehenen Produkte von anders markierten Produkten (Unterscheidungsfunktion)<sup>29</sup>,
- die Zusammenfassung der gleich markierten Ware zu einer Produkteinheit (Individualisierungsfunktion)<sup>30</sup>,
- der Hinweis auf die Herkunft der Ware (Herkunftsfunktion)<sup>31</sup>,
- die Garantie der Beibehaltung einer bestimmten Qualitätsstufe (Qualitäts-, Garantie- oder Gewährsfunktion)<sup>32</sup>, und
- der Aufbau von Nachfragerpräferenzen (Werbe- oder Suggestivfunktion)<sup>33</sup> und deren Bewahrung (Monopolisierung- oder Wettbewerbsfunktion)<sup>34</sup>.

## III. Unterscheidungsfunktion

### 1. Allgemeines

Wenn man mit Ulmer<sup>35</sup> davon ausgeht, dass der rechtliche Zweck des Markenrechts im Schutz der individuellen Leistung gegen konfundierenden Wettbewerb besteht, so hat die Marke die rechtliche Funktion, Verwechslungen von Leistungsangeboten im Marktprozess zu verhindern.

---

des Markierens als Wettbewerbshandlung zu den Zielen und Zwecken des Wettbewerbs. S.u. D IV.4. Vgl. Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, vor allem S.69ff.; Schluep, MSchG und KG, S.405f.

27 Spoendlin, Verzicht, S.4; Jene-Bollag, S.10.

28 S.u. VI.2.

29 S.u. III.

30 S.u. III.

31 S.u. IV.

32 S.u. V.2.

33 S.u. VI.1.

34 S.u. VI.2.

35 Warenzeichen und Wettbewerb, S.6f.; vgl. auch Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, S.201; Schluep, Kartellrechtliche Grenzen, S.536 m. FN 19.

Der erste Schritt zur Vermeidung von Verwechslungen besteht darin, die Leistungen von einander unterscheidbar zu machen, sie zu individualisieren<sup>36 37</sup>.

## 2. Reine oder negative Individualisierung

Bestünde die einzige rechtliche Funktion der Marke in der reinen Unterscheidung, der negativen Individualisierungsfunktion, so wäre die markenrechtliche Einordnung des zweigleisigen Vertriebs problemlos: Zwei Zeichen unterscheiden zwei Produkte.

Aber unterscheiden heisst, Gleiches von Ungleichem trennen. Individualisieren bedeutet, dem Einzelnen gerecht zu werden, indem man es nach seiner Eigenart unterschiedlich behandelt. Dazu gehört sowohl die negative Abgrenzung des zu Individualisierenden gegen aussen als auch die positive Bestimmung der Grundlage der Individuation, der gattungsstiftenden Eigenschaft, welche die Gleichheit des als gleich Bezeichneten<sup>38</sup> ausmacht.

Es ist offensichtlich, dass das unterscheidungskräftige Zeichen innerhalb einer Warenkategorie alle gleich markierten Waren zu einem "genus limitatum"<sup>39</sup> zusammenfasst und sie von den nicht oder anders markierten Produkten, auch von den andern Produktvarianten mit identischem Basisprodukt, abgrenzt. Aber worin liegt positiv die Gleichheit der gleich gekennzeichneten Waren<sup>40</sup>? Nur in der identischen Markierung?

Wenn die reine Individualisierung die einzige Funktion der Marke wäre, dann bestünde die mit dem Zeichen verbundene Aussage nur im Hinweis, dass die gleich markierten Produkte eben gleich markiert sind. Das Zeichen hätte auf nichts anderes hinzuweisen als auf die mit ihr gekennzeichneten Produkte. Die Marke würde dann über das Produkt dasselbe aussagen wie der Satz von Gertrude Stein über die Rose: "A rose is a rose is a rose".

36 Einlässlich zum Vorgang des Individualisierens Lauper, Die rechtliche Ordnung des Individualisierens und Kennzeichnens von Dingen, S.3ff.

37 Dass die rechtliche Funktion der Marke nicht über die reine Individualisierungsfunktion hinausgehe, hat Troller in: Die berühmte Marke, S.57, behauptet. Zur heutigen Auffassung von Troller s. IGR I, 3.A., S.208. auf die Individualisierungsfunktion beschränken sich auch der Vorentwurf zum MSchG von 1968; Heinrich David, Zur Definition, S.16f.; Oppenhoff, Wandel, S.435; Heydt, S.341f.; Ostertag, Territorialität oder Universalität im Markenrecht? In: FG für Fritz Göttinger, Basel 1935, S.212-223; Pedrazzini, Markenrechtliche Besinnung, S.32f.

38 Das "principium individuationis" der Scholastik; die "wesenhafte invariante Struktur" (Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S. 7).

39 So Franceschelli, Marchi d'impresa, S.105.

40 Schluep, Markenrecht, S.69.

Die negative Individualisierungsfunktion ist auch darum untauglich, als einzige rechtliche Markenfunktion verwendet zu werden, weil in diesem Fall die Marke für die Nachfrager keine substantielle Orientierungshilfe darstellen würde. Die Zwecke und Interessen, die der Käufer mit der Marke verbindet, würden damit nicht berücksichtigt<sup>41</sup>.

### 3. Positive Individualisierung

Ueber die reine, ausschliesslich negativ abgrenzende Individualisierung hinaus muss also ein ergänzendes, positives Individualisierungskriterium der Marke gefunden werden<sup>42</sup>, d.h. es muss eine Eigenschaft bestimmt werden können, die allen gleich markierten Produkten, aber nur diesen, gemeinsam ist<sup>43</sup>.

Dass diese positive Individualisierung nicht unproblematisch ist, wird im Zusammenhang mit dem zweigleisigen Vertrieb besonders deutlich, weil bei den unterschiedlich markierten Varianten wesentliche Produktelemente gleich sind, also nicht als Individualisierungskriterien taugen.

#### a) Hinweisfunktion

Die Funktion der Marke kann darin bestehen, dass sie auf eine bestimmte Eigenschaft des markierten Produkts hinweist.

Nach Schluep folgt aus der Definition der Marke als Zeichen und als mit einem Zeichen in Verbindung stehender Bewusstseinsinhalt unmittelbar ihre Funktion, auf etwas anderes hinzuweisen, etwas zu vertreten, von ihm Kunde zu geben<sup>44</sup>. Im Gegensatz zu den Deskriptivzeichen, welche Eigenschaften des markierten Objekts selbst beschreiben, weist die Marke auf etwas ausserhalb der Ware Liegendes

---

41 Auch Patrick Troller, Kollisionen, S.43, lehnt die reine Individualisierungsfunktion - mit anderer Begründung - als ungenügend ab; kritisch auch Schluep, Markenrechtliche Rechtsprechung, S.265f.

42 Diese Aufgabe stellt sich unter den rechtlichen Kennzeichnungsmitteln (Name, Firma, Marke) nur bei der Marke, denn beim Namen und bei der Firma ist die zu individualisierende Einheit vorgegeben, nämlich die Person oder das Unternehmen (so Spoendlin, Verzicht, S.2; Troller, IGR I, S.247). Bei der Marke muss dagegen die Gattung durch ein positives gattungsstiftendes Kriterium erst noch bestimmt werden.

43 So Schluep, Markenrecht, S.69; ders., MSchG und KG, S.391; Franceschelli, Marchi d'impresa, S.31, der allerdings kein für alle Marken geltendes Kriterium angibt; zu den Typen des Individualisierens Lauper, Die rechtliche Ordnung des Individualisierens und Kennzeichnens von Dingen, S.21ff: "Das Individualisieren komplexer Gegenstände setzt die gedankliche Isolierung von Einzelbestimmtheiten der Individualisierungsobjekte und deren Erhebung zu Individualisierungskriterien voraus." (S.21) "Das Selektionskriterium für die Auswahl dieser Kriterien ist der Individualisierungszweck." (S.22).

44 Dazu Schluep, Markenrecht, S.2ff.; ders., Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 391.

hin<sup>45</sup>, sei es auf die Herkunft des Produkts<sup>46</sup>, sei es auf dessen Zugehörigkeit zu einer Produktgattung mit einer bestimmten Qualität<sup>47</sup>.

#### b) Werbe- und Wettbewerbsfunktion

Die Verknüpfung zwischen Produkt und Eigenschaft kann auch darin bestehen, dass die Marke selbst Trägerin dieser Eigenschaft wird. Dies ist bei der Werbe- und der Wettbewerbsfunktion<sup>48</sup> der Fall.

### 4. Positive Individualisierung und zweigleisiger Vertrieb

Im folgenden geht es darum, das Problem der positiven Individualisierung beim zweigleisigen Vertrieb mit Hilfe von Hinweis-<sup>49</sup> und Werbe- und Wettbewerbsfunktionen<sup>50</sup> zu untersuchen.

## IV. Herkunftsfunktion

Die herrschende Lehre sieht die positive Hinweisfunktion der Marke gestützt auf Art. 1 Ziff. 2 MSchG, in ihrer Aufgabe, auf die Herkunft des Produkts hinzuweisen.

### 1. Konkrete Herkunftsfunktion

Die Verwendung einer Marke ermögliche es dem Markeninhaber, Produkte, die aus seinem Betrieb stammen, mit dem eigenen Zeichen von den Produkten anderer Anbieter zu unterscheiden<sup>51</sup>, dem Abnehmer, sich über Ursprung und Herkunft der Waren ins Bild zu setzen<sup>52</sup>.

45 Heinrich David, Kommentar, N 2b zu Art.1; Schluep, Markenrecht, S.13ff.; dt.WZG § 4 Abs.2 Ziff. 1; WZG § 4 Abs.2 Ziff. 1; Baumbach/Hefermehl, WZG, § 4 RN 61-99.

46 S.u. IV.

47 S.u. V.2.

48 S.u. VI.

49 S.u. IV. und V.

50 S.u. VI.

51 Baumbach/Hefermehl, WZG, Einl. RN 8.

52 Matter, Kommentar, S.40; Spoendlin, Schutzbedürfnis, S.255; ders., Markenrecht, S.14; ders., Verzicht, S.3f.



Diese enge Funktion, lediglich auf die Herkunft des Produkts aus einem konkreten Betrieb hinzuweisen, ist von verschiedenster Seite kritisiert worden: Dem Konsumenten sei - vor allem bei Phantasiemarken - der konkrete Name des anbietenden Unternehmens häufig unbekannt und sogar gleichgültig<sup>53</sup>. Auch widersprechen Konzern-, Holding- und Gemeinschaftsmarken ebenso wie Markenlizenzen einem engen Herkunftsbegriff.

Für zweigleisig vertriebene Produktvarianten ist der enge Herkunftsbegriff als Individualisierungskriterium untauglich. Bei diesem Vertriebssystem sollen die verschiedenen Marken ja gerade Produktvarianten unterscheiden, die derselbe Anbieter auf den Markt bringt, die also dieselbe Herkunft haben.

## 2. Abstrakte und erweiterte Herkunftsfunktion

Diesem engen und konkreten Herkunftverständnis wird in der Literatur die abstrakte und erweiterte Herkunftsfunktion gegenübergestellt: Zweck der Marke sei es, auf die Herkunft aus einem (namentlich vielleicht unbekannten, jedenfalls) gleichbleibenden Unternehmen<sup>54</sup>, respektive aus einer Mehrheit von Unternehmen, die sich zu gemeinschaftlicher Markennutzung verbunden haben<sup>55</sup>, hinzuweisen<sup>56</sup>.

Eine positive Bestimmung des gattungsstiftenden Kriteriums, das bei den unterschiedlich markierten Produktvarianten des zweigleisigen Vertriebs verschieden ist, wird durch einen derart offenen, weiten Herkunftsbegriff nicht erreicht.

## 3. Physischer Herkunftsbegriff

Ueblicherweise wird ein physischer Begriff der Herkunft verwendet, der am Erbringen zumindest einer charakteristischen Teilleistung bei der Produktbereitstel-

---

53 So schon Karl Martin Sandreuter, *Rechtliche Natur, Entstehung und Endigung des Markenrechts*, Diss. Basel 1932, S.31.

54 Von Büren, *Aktuelle Fragen*, S.150 (unklar); Burgbacher, *Warenzeichenlizenz*, S.13f.; H.Cohen Jehoram, *La protection des marques contre l'usage pour des produits différents, la loi Beneluxe, un exemple pour l'Europe?* PI 94 (1978) S.224-231 (225); Hertzog, S.31; Heydt, *Funktion*, S.343f. mit weiterführender Kritik; Jene-Bollag, S.7, kritisch, S.10ff.; Loewenheim, *Gewerblicher Rechtsschutz*, S.224; Sack, *Funktionen*, S.405; Schreiner, *Dienstleistungsmarke*, S.425ff.; Spoendlin, *Verzicht*, S.3; Tietgen, *Unterschiede*, S.39; Vanzetti, *Funktion*, S.135; Zehnder, *Begleitende Marke*, S.5f.

55 *Grundlegend* Beier/Krieger, *Wirtschaftliche Bedeutung*, S.126f.

56 Patrick Troller, *Kollisionen*, S.38-45.

57 Das kann die Produktion oder die Handelsleistung sein. Jedenfalls ist bei einem gegebenen Pro-

lung<sup>57</sup> anknüpft<sup>58</sup>. In bezug auf den zweigleisigen Vertrieb gilt es daher zu unterscheiden:

Liegen die Rechte an den verschiedenen Marken bei verschiedenen Personen (typischerweise einem Hersteller und einem Handelsunternehmen), und erbringen diese jeweils eine eigene charakteristische Zusatzleistung, so weisen die Warenzeichen auf eine unterschiedliche Herkunft hin<sup>59</sup>. Bei der Herstellermarke "ist Bezugspunkt der Verbrauchervorstellung ein Produktionsbetrieb", "die Händlermarke verbürgt ... die Gleichmässigkeit der Herkunft aus einem dem Leistungsbereich des Handels zugehörigen Geschäftsbetrieb"<sup>60 61</sup>.

Wird jedoch die jeweils massgebliche Leistung bei allen Varianten von demselben Unternehmen erbracht<sup>62</sup>, so erhalten wir wiederum ein paradoxes Resultat: Die unterschiedlichen Zeichen unterscheiden nicht Verschiedenes, sondern in bezug auf die physische Herkunft Gleiches .

Dieses Paradoxon ist bisher nur im Zusammenhang mit den Sortenmarken, die qualitativ verschiedene Produkte desselben Anbieters von einander unterscheiden, beachtet worden<sup>63</sup>.

---

dukt immer dieselbe Leistung bestimmend.

58 So implizit Baumbach/Hefermehl, WZG, § 15 RN 67 a.A.; wohl ebenso Heinrich David, Kommentar, Art. 1 RN 5.

59 Dazu ausführlich Tietgen, S.14ff.

60 Tietgen, S.42f.

61 Nicht entscheidend ist, ob die Abnehmer das Herkunftsunternehmen einer konkreten und, wenn ja, der richtigen Marktfunktionsstufe zuordnen. Die dürfte bei zahlreichen Phantasiemarken, z.B. Adidas, regelmässig nicht der Fall sein.

62 Sei es dass derselbe Unternehmer verschiedene Markenrechte innehat (Zweit- oder Kampfmarkenstrategie), sei es dass der Inhaber der zweiten Marke nur eine untergeordnete Teilleistung erbringt.

63 Troller, IGR I, S.208, 242, geht davon aus, dass die unternehmensinterne Individualisierungsfunktion der Marke nicht Aufgabe des Rechtsschutzes sei. Aenlich Spoendlin, Interessen, S.1 FN 2; ders., Verzicht S.4, wo er erklärt, Sorten-, Typen- oder Qualitätsbezeichnungen seien keine Marken im Rechtssinn. Dem widerspricht Heydt, Funktion, S.344, da es dem Händler selbstverständlich markenrechtlich verboten sei, die Marken verschiedener Produkte desselben Herstellers zu vertauschen. Für Jene-Bollag, S.8, ist das Paradoxon ein Argument dafür, die Herkunftsfunktion zugunsten der reinen Individualisierungsfunktion abzulehen. Heydt, Benutzung und Benutzungszwang nach dem Vorabgesetz, in: Neue Entwicklungen im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, FS Hefermehl, Heidelberg 1971, S.59-84, spricht explizite von der Sortenfunktion der Marke.

## V. Qualitätsfunktion

### 1. Zulässigkeit anderer Hinweisfunktionen aufgrund des Gesetzestextes

Wenn man den französischen und italienischen Wortlaut von Art.1 Ziff.2 MSchG zur Klärung des deutschen Texts beizieht: "... per distinguerli o per designare la provenienza" resp. "à l'effet de les distinguer ou d'en constater la provenance", kann nach der hier vertretenen Meinung<sup>64</sup> der Zweck der Markierung ausser im Hinweis auf die Herkunft auch im Hinweis auf ein anderes Kriterium als die Herkunft liegen. In diesem Zusammenhang wird der Hinweis auf die Qualität genannt, genauer auf die Zugehörigkeit zu einer Produktgattung mit einer bestimmten Qualität.

### 2. Qualitätsbegriff

Die Qualitäts-, Garantie- oder Gewährsfunktion<sup>65 66</sup> löst das Problem der positiven Individualisierung der Varianten des zweigleisigen Vertriebs<sup>67</sup> nicht, sondern verlagert es auf die Ebene der Definition des Qualitätsbegriffs<sup>68</sup>: Jedenfalls die

64 Dazu Bener-Wittwer, caractère, S.12; Heinrich David, Zur Definition, S.16f.; Zehnder, Begleitende Marke, S.9.

65 Dazu Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. RN 14; Heinrich David, Kommentar, Art.1 Nr.4, zur speziellen Funktion des Gütezeichens Art.7bis Nr.1; Beier/Krieger, Bedeutung, S.127f.; Bener-Wittwer, caractère, S.11; Bericht der deutschen Landesgruppe, S.104, 107; Borck, Ueber "geheime Handelsmarken" und Interessenabwägung bei irreführender Werbung, S.258ff.; Graffenried, S.45; Hertzog, S.19; Jene-Bollag, S.12f.; Kraft, Verbraucherschutz im Markenrecht, S.417f.; Matter, Kommentar, S.41; Sack, Funktion, S.445ff.; Schluep, Markenrecht, S.71ff.; ders., Markenrechtliche Rechtsprechung, S.240; Spoendlin, Verzicht, S.4f.; ders., Interessen, S.50ff.; Troller, IGR I, S.254; Vanzetti, Funktion, S.134; Zehnder, begleitende Marke, S.10; Schreiner, Dienstleistungsmarke, S.428ff.; BGH in: GRUR 1967, S.104 (Edeka-Schloss-Export); BGE 78 II 172, 95 II 193 und 465, vgl. auch 105 II 56 (OMO).

66 Die haftpflichtrechtliche Garantiefunktion der Marke und die Spaltung der Produkthaftpflicht bei Hersteller- und Handelsmarken sollen hier nicht weiter untersucht werden. Dazu ausführlich Egbert F.J Wilms, Produkte- und Produzentenhaftung aus Marken oder ähnlichen Zeichen, Zürich 1984, S.134ff. Gemäss der Richtlinie des Rates [der Europäischen Gemeinschaften] vom 25.Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Art.3 Abs.1 a.E., haftet als "Hersteller" "jede Person, die sich als Hersteller ausgibt, indem sie ihren Namen, ihr Warenzeichen oder ein anderes Erkennungszeichen auf dem Produkt anbringt." Der Händler kann sich von dieser Haftung befreien, wenn er seine Handelsmarke als "erkennbare Händler-Selektionsgarantie" ausgestaltet. Dazu Joachim Schmidt-Salzer, Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung, Heidelberg 1986, RN 128ff., 141ff zu Art.3. Dies führt zum diskutablen Ergebnis, dass der Hersteller auch für nicht unter seiner Marke vertriebene Produkte kausal haftet.

Art.6 des Markenschutzgesetzes der Volksrepublik China bestimmt: "Any user of a trade mark shall be responsible for the quality of the goods with respect to which a trade mark is used ...." (abgedruckt in: Chinese Trade Marks, Hsg. David R. Shannon, Hong Kong 1985).

67 Und bei Sorten einer Produktserie (Sortenmarken).

68 Schluep, Markenrecht, S.71ff.

Verwendung der objektiven, stofflich-technischen Qualität als Kriterium würde das Problem der Individualisierung der Marken beim zweigleisigen Vertrieb nicht lösen.

### a) Qualitätsfixierung

Auch die Bezugnahme auf das Produkt als **Leistungsgesamtheit** erlaubt zwar die Individualisierung der Marken des zweigleisigen Vertriebs. Sie bedeutet aber - wie jede Art der Qualitätsfunktion - eine Form von Qualitätsfixierung. Dies auch dann, wenn sie auf den Schutz vor Qualitätsverschlechterungen begrenzt wird. Durch die rechtliche Anerkennung einer wie auch immer formulierten Qualitätsfixierung würde einerseits jede Anpassung an neue technische Gegebenheiten, jede Weiterentwicklung und Verbesserung des Produkts in unnötiger Weise erschwert, und andererseits würde stark in die Reaktions- und Gestaltungsfreiheit der Anbieter eingegriffen. Beides liegt weder im Interesse der Anbieter noch in dem der Nachfrager und würde den Prinzipien des dynamischen Wettbewerbs diametral zuwiderlaufen.

Die **Nutzenerwartung der Konsumenten** wäre ebenfalls ein denkbare Individualisierungskriterium, würde aber der Veränderlichkeit der Nutzenerwartungen der Konsumenten im Zeitablauf nicht Rechnung tragen<sup>69</sup>.

Einzelne Autoren definieren den Qualitätsbegriff so offen, dass er der inhaltlichen Unbestimmbarkeit und zeitlichen Veränderbarkeit der Erwartungen Rechnung trägt, damit die erwünschte Innovationsfreiheit nicht eingeschränkt wird<sup>70</sup>. Dadurch reduziert sich aber seine gattungsstiftende Wirkung auf den Gehalt der reinen Individualisierungsfunktion.

### b) Folgerung

Der Schutz des erwarteten Qualitätsstandards der gleich markierten Produkte hätte gesamtwettbewerblich unerwünschte Folgen. Zudem bildet er nicht Aufgabe des Zeichenrechts, da er nicht zum Schutz vor konfundierendem Wettbewerb gehört. Sinnvoll ist nur ein auf spezielle Formen der Täuschung beschränkter Qualitätsschutz durch das Lauterkeitsrecht<sup>71</sup>.

69 Troller, IGR I, 3.A., S.209: "Die Qualitätsvorstellung ... erscheint nicht nur in dem Bewusstsein einer jeden Person, die an der Ware Interesse hat, anders als im Bewusstsein der anderen Interessenten, sondern ihr Vorstellungsgehalt verändert sich auch im Bewusstsein der gleichen Person."

70 So Hauser, Inzidenz, S.67.

71 In mit dem geltenden Markenrecht konformer Weise berücksichtigt das Bundesgericht in BGE 105 II 56 die Qualität nur bei der Beurteilung der Täuschungsgefahr, weil nur in deren Rahmen



## VI. Werbe- und Wettbewerbsfunktion

### 1. Werbe- oder Suggestivfunktion

Die Werbe-, Propaganda<sup>72</sup> oder Suggestivfunktion<sup>73</sup> beruht auf dem Wert der Marke für den Anbieter. Bei ihr steht die Möglichkeit im Zentrum, mit Hilfe der Marke stabile Nachfragerpräferenzen für das markierte Produkt aufzubauen.

Im Zug der Marktdurchsetzung gewinnt die Marke in den Augen der Nachfrager die Aufgabe, die mit dem Produkt gemachten Erfahrungen und durch die zusätzlichen Kommunikationselemente vermittelten Erlebniswerte zu symbolisieren. Die Marke als Produktsymbol wird selbst zu einer im Kommunikationsprozess zwischen Anbieter und Nachfrager ausgetauschten Information. Sie wird zum Träger des *good will*<sup>74</sup>, zum Kundensammler<sup>75</sup>. Die Werbefunktion<sup>76</sup> der Marke führt dazu, dass die Marke, wenn sie geschickt gewählt und intensiv verwendet wird, einen Eigenwert, eine selbständige Attraktionskraft erhält<sup>77</sup>. In jedem Fall schützt das Markenrecht nicht die mit der Marke verbundenen Nachfragerpräferenzen selbst, sondern nur die Chance, diese zu gewinnen und zu bewahren<sup>78</sup>.

---

die ausschliesslich verbraucherbezogenen Markenfunktionen massgeblich sind.

72 Schluep, Markenrecht, S.76ff., 81f.

73 Beier/Krieger, Bedeutung, S.128, halten die Werbefunktion nicht für eine begriffsnotwendige Funktion der Marke, da nicht alle Marken eine solche Anziehungs- oder Werbekraft besitzen; Graffenried, Grundlagen, S.45; Hauser, Inzidenz, S.169ff.; Heydt, Funktion, S.342, hält zu Recht die Eignung zur Erlangung des Attraktionswertes, nicht den tatsächlichen Attraktionswert für entscheidend. Diese Eignung ist notwendigerweise mit jeder Marke verbunden. Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, S.232, 251; Matter, Kommentar, S.41; Oppenhoff, Wandel, S.435f. Sack, Funktion, S.449ff.; Schluep, Markenrecht; ders., Markenrechtliche Rechtsprechung, S.240; Schreiner, Dienstleistungsmarke, S.431; Troller, Wesen und Unwesen, S.304; Vanzetti, Funktion, S.130ff., 140; Zehnder, S.7f.

74 Troller, Berühmte Marke, S.61; ders., Wesen, S.304.

75 "Collettore di clientela", vgl. Ascarelli, Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, S.313f., 348; Franceschelli, Marchi d'impresa, S.81ff.

76 Von der hier relevanten Bedeutung des Begriffs der Werbefunktion ist zu unterscheiden die Funktion, welche die Marke im Rahmen der Werbung übernehmen kann. Dazu Marbach/Hilti, Einschränkungen des Markenkennzeichnungsrechts durch Werbeverbote; BGE in GRUR Int. 1984, S.541f., ebenfalls in: Mitt. 1984, S.299ff. (John-Player-Special); 100 Ib 41ff.(Muratti). Nur diese Funktion meint Art.1 zweiter Halbsatz und Art.9 it.Markenschutzgesetz. Sie lässt sich mit der traditionellen Herkunftsfunktion problemlos verbinden. Dazu Vanzetti, Funktion, S.141. Zur Marke als Instrument der Werbung vgl. auch Schreiner, Dienstleistungsmarke, S.448.

77 Schluep, Markenrecht, S.347 und passim. Es kann sich um erworbene oder ursprüngliche Attraktionskraft handeln, z.B. eine Lotosblüte für Uhren auf dem fernöstlichen Markt. (Schluep, mündliche Aussage).

78 Schluep, Markenrecht, S.331; Roubier, Propriété industrielle I, S.106; Troller, IGR I, S.107; Vanzetti, Equilibrio, S.258: "tutela della probabilità di guadagno". Ebenso Ascarelli, Teoria, S.313. Dies meint Schluep, Markenrecht, S.74ff., mit der **Schutzfunktion** der Marke. S.u. 2.



Diese Funktion erlaubt ein problemloses Einordnen des zweigleisigen Vertriebs: Die beiden Marken beinhalten je die Chance des Aufbaus von speziellen Nachfragerpräferenzen. Dass diese sich mit demselben Basisprodukt verbinden, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

## 2. Wettbewerbs- oder Wettbewerbsausschlussfunktion

In der Literatur wird von der Monopol- oder Wettbewerbsausschlussfunktion<sup>79</sup> gesprochen, da die zeichenrechtliche ausschliessliche Zuweisung einer bestimmten Marke ein (eingeschränktes) Monopol an einem Zeichen<sup>80</sup> begründe, was nicht bei einer unbekannten, wohl aber bei einer Marke mit Attraktionskraft mit einer materiellen Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit verbunden sein könne<sup>81</sup>.

Dazu ist folgendes zu sagen:

Zwar wird die Freiheit der Mitbewerber, ihre eigenen Produkte zu benennen und zu kennzeichnen, durch das Recht, ein Kennzeichen zu monopolisieren und damit verwechslungsfähige Zeichen verbieten zu lassen, für dieses Zeichen aufgehoben. Dies hindert jedoch angesichts der prinzipiellen Unerschöpflichkeit der Kombinationsmöglichkeiten von Sprach- und Zeichenelementen keinen Konkurrenten daran, sein eigenes Produkt unter einem andern Kennzeichen seinerseits zu einem anerkannten Markenartikel aufzubauen<sup>82</sup>. Diese Freiheit wird auch dann nicht be-

79 Franceschelli, Trattato di diritto industriale II, S.532ff., 536; ders., Sui marchi d'impresa, 2.ed. Milano 1969 S.129ff.; Remo Franzetti, Valore attuale del principio di concorrenza, in: Studi e Capitoli sul Diritto della Concorrenza, Milano 1974, S.496f.; zur Konzeption der Immaterialgüter als Monopolrechte: ders., Diritti di Monopolio, ebendort, S.528ff.; Roubier, Propriété industrielle, Bd. I, S.104ff., Bd. II, S.483f. und ihm folgend Magnin, Une mise au point des notions de base de la propriété industrielle, S.145f., die mit der Auffassung der Immaterialgüterrechte als 'droits de clientèle' die Nachfragerpräferenzen in den Mittelpunkt stellten; Schluep, Markenrecht, S.78; ders. Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S.402ff.

80 Das prinzipiell wertlos ist. Dazu Schluep, Markenrecht, S.223.

81 Balz, Paradigmenwechsel, S.323 ("Auswirkungen sind ambivalent"); Baumbach/Hefermehl, WZG, Einl. RN 16; Burgbacher, Warenzeichenlizenzverträge, S.36f.; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S.269ff. (Konkurrenz) und S.277ff. (Kollisionen); Franceschelli, Marchi d'impresa, S.305f.; ders., Valore attuale, S.496f.; Hoppmann, Behinderungsmissbrauch, S.27; Kummer, Der Begriff des Kartells, S.109; mit einem ökonomischen Ansatz Lehmann, Property rights und Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums, spez. S.525, 527f.; Merz, Der Wettbewerb in der Entwicklung, S.394ff.; ders., Das Wettbewerbsrecht, S.360; Neubauer, Der Markenabgrenzungsvertrag, S.145; Vanzetti, Sack, Funktion, S.452; Schluep, Markenrecht, S.78, Schürmann, Das Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, S.175; Spoendlin, Markenrecht, S.61ff.; Vanzetti, Equilibrio, S.263ff.

82 In dieser Nicht-Behinderung des imitatorischen Wettbewerbs liegt die Begründung dafür, warum der gesetzliche Markenschutz, im Gegensatz zu dem der andern Immaterialgüter, "ewig" währt, d.h. zeitlich unbeschränkt erneuert werden kann (Art.8 Abs.2 MSchG). Davon zu unterscheiden ist die dem Inhaber einer Marke mit Attraktionskraft dadurch gegebene Möglichkeit, seine Marktstellung durch spezifisch unlautere oder kartellrechtswidrige Handlungen auszunutzen.

schränkt, wenn die monopolisierte Marke durch Werbeaufwand, Produktgestaltung, Preispolitik etc. Verkehrsgeltung erworben hat.

Das Monopolisieren eines Zeichens wirkt sich einmal dann als Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit aus, wenn es sich um ein eigenwertiges Kennzeichen mit Attraktionskraft ab origine handelt, ferner wenn angesichts der Ueberfüllung der Zeichenrolle in einigen Warenklassen kaum mehr praktikable, einprägsame freie Zeichenverbindungen gefunden werden können<sup>83</sup>. Hingegen kann eine Sachbezeichnung, die im Interesse der Allgemeinheit allen Anbietern offenstehen soll, nicht als Marke im Sinne des MSchG ausschliesslich zugewiesen werden (ebenso § 4 Abs. 1 Ziff. 1 WZG).

Baumbach/Hefermehl<sup>84</sup> sprechen von einer "wettbewerblichen Funktion" der Marke, da eine Mehrheit von differenzierten Angebotsformen<sup>85</sup> prinzipiell eine Voraussetzung für einen funktionsfähigen Wettbewerb bildet.

Diese Markenfunktionen erlauben es, die Marken der Produktvarianten gegeneinander abzugrenzen, wenn mindestens eine von ihnen Attraktionskraft besitzt, nicht aber, wenn beide über eine identische oder über keine Attraktionskraft verfügen.

## **D Funktionen der Marke: Eigene Stellungnahme**

### **I. Mängel der genannten Markenfunktionstheorien**

Was Schluep<sup>86</sup> zu den herrschenden Funktionstheorien im allgemeinen sagt, gilt auch für den Versuch, den zweigleisigen Vertrieb in diese Theorien einzuordnen: Der Aufwand ist bemerkenswert, die Ergebnisse bescheiden. Dadurch, dass jede Zweckbestimmung die Markenaussage auf einen Teilbereich reduziert, werden entscheidende andere Aspekte der Gesamtwirkung ausgeblendet. Um dennoch in einem Spezialfall wie dem zweigleisigen Vertrieb zu einem vernünftigen Ergebnis zu gelangen, müssen die Zwecke entweder so weit formuliert (Herkunfts-, Qualitätsfunktion) oder so stark eingeschränkt werden (Werbe-, Wettbewerbsfunktion), dass sie jede gattungsstiftende Kraft verlieren.

---

83 Dazu Schluep, Markenrecht, S.21; ders., Kartellrechtliche Grenzen, S.538f.; Spoendlin, Markenrecht, S.63.

84 WZG, Einl. RN 15ff.

85 Im Sinne einer internen Differenzierung, s. § 4 C I.4. und § 8 B I.4.

86 Markenrecht, S.80.

Die Beurteilung des zweigleisigen Vertriebs im Lichte der in der Literatur genannten rechtlichen Markenfunktionen hat ergeben, dass keine von ihnen es ermöglicht, positiv eine gattungsstiftende Funktion zu bestimmen, welche die Varianten des zweigleisigen Vertriebs von einander abgrenzt. Dies beruht nach der hier vertretenen Meinung darauf, dass sich die Marke nicht durch einen einzelnen materiellen Zweck definieren lässt. Ihren potentiellen Aussagegehalt kann man nicht auf eine Aussage reduzieren, und ihr tatsächlicher Aussagegehalt kann nur im Einzelfall bestimmt werden<sup>87</sup>. Eine Markendefinition ist nur dann umfassend verwendbar, wenn es ihr gelingt, diesen offenen, instrumentalen Charakter der Marke ins Zentrum zu stellen.

## II. Einheitlich verantworteter Ursprung

### 1. Einheitlich verantworteter Ursprung als gattungsstiftendes Merkmal

Wir gehen bei unserem Versuch, die rechtliche Markenfunktion zu bestimmen, von einem Begriff der Herkunft aus, der nicht als physische Herkunft verstanden werden darf, sondern als einheitlich verantworteter Ursprung zu begreifen ist, für den man in der englischen Rechtssprache manchmal den Begriff "sponsorship" verwendet<sup>88</sup>.

### 2. Uebertragung der Produkterfahrung

Diese "sponsorship" beinhaltet nichts ausser dem Versprechen, dass gleich markierte Produkte von demselben Sponsor markiert wurden. Sie gibt dem Käufer keine Ansprüche, nur die Möglichkeit, die Marke in Zukunft wiederzuerkennen und daraus auf einen **gleich verantworteten Ursprung gleich markierter Produkte** zu schliessen<sup>89</sup>. Der Konsument überträgt seine mit einem derart markierten Produkt verbundene indirekte Produkterfahrung auf gleich markierte Produkte. Dies macht für ihn den Wert der Markierung aus<sup>90</sup>.

87 Zur Semantik der Marke s.u. II 2.a).

88 WIPO, The role of Industrial Property in the Protection of Consumers, (auch franz.: Le rôle de la propriété industrielle dans la protection du consommateur) Genf 1983, N 29 (S.14); Bericht der Deutschen Landesgruppe, S.104.

89 Schluep, Markenrecht, S.342: "Das Zeichen vermittelt (dem Konsumenten) Erkenntnisse über die wirtschaftliche Herkunft der Marktleistung."

90 Man spricht darum auch von der **Konnotationsfunktion** der Marke. Vgl. Stöhr, S.219.

### 3. Gleich markierte Produkte als Garantie-Gemeinschaft

Die Tatsache, dass die Konsumenten ihre Produkterfahrungen, die sie mit einem Exemplar einer durch die Markierung bestimmten Produktgattung gemacht haben, auf die ganze Gattung übertragen, führt dazu, dass der Markierende rein tatsächlich mit dem "genus limitatum" aller gleich markierten Produkte für die Qualität des einzelnen so markierten Produkts garantiert. Dieser einheitlich verantwortete Ursprung bildet den materiellen Inhalt des Begriffs der Herkunft. Durch die Markierung werden Produkt und Garantieleistung zu einer Einheit. Als Träger dieser Herkunft erscheint, unabhängig von der Uebernahme anderer Teilfunktionen bei der Bereitstellung des Produkts, der Markenrechtsinhaber als Sponsor<sup>91</sup>.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Sponsorship ein selbständiges Element des Produkts als Leistungsgesamtheit. Sie unterscheidet sich von den Produktelementen des Marketing-Mix<sup>92</sup> dadurch, dass der Anbieter über sie in geringerem Mass frei verfügen kann als über die Produktaufmachung oder die Werbestrategie, da die Nachfrager ihre Produkterfahrung selbständig übertragen<sup>93</sup>.

## III. Kommunikationsfunktion

### 1. Marke als Kommunikationsinstrument

Wir können das Markieren durch die Anbieters einerseits und die Erfahrungsübertragung durch die Nachfrager andererseits miteinander verknüpfen, indem wir beide als Endpunkte eines Kommunikationsvorganges begreifen<sup>94</sup>. Schlupe formuliert dies folgendermassen<sup>95</sup>: "Das Gesetz ermöglicht dem Inhaber eine qualifizierte Aussage mittels eines Zeichens". Dasselbe meint er<sup>96</sup>, wenn er auf die Semantik<sup>97</sup> der Marke hinweist: "Ein Zeichen [ist] dazu bestimmt, Aussagen zu machen, die **ausschliesslich** den Zeicheninhaber betreffen."

91 Er muss den Konsumenten nicht namentlich bekannt sein. So vor allem bei Phantasie marken. Dazu Schlupe, Markenrecht, S.70; ders., Kartellrechtliche Grenzen, S.540 FN 47; s.u. D III.3.

92 S. § 1 B II.3.a).

93 Zur Differenzierbarkeit dieser Garantieleistung s.u. III.3.

94 S.u § 4 C III.4.

95 Markenrecht, S.342.

96 Kartellrechtliche Grenzen, S.539.

97 Bedeutungslehre, zu σημαντικός semantikos = bedeutend.



Die Kommunikation besteht aus den Phasen Information, Mitteilung und Verstehen<sup>98</sup>. In jeder dieser Phasen hat die Marke eine spezielle Funktion, markenrechtlich relevant ist aber nur diejenige im Rahmen des Mitteilungsvorgangs.

Die Marke ist Aufhänger und Transportmittel für die auszutauschende Information im Kommunikationsprozess zwischen Anbieter und Kundenzielgruppe, ein Signal-Code, der ein bestimmtes Produkt dauerhaft aus der Masse des Leistungsangebots heraushebt und den Aufbau eines damit gekoppelten Kommunikationskanals<sup>99</sup> ermöglicht.

Der mit der Marke verbundene Kommunikationsvorgang verläuft nicht einseitig. D.h. er beschränkt sich nicht, wie von gewissen Konsumentenschützern kritisch angeführt wird, auf die suggestive Kundenbeeinflussung. Sondern in ihm werden ebenso von Seiten der Nachfrager Informationen darüber zum Anbieter transportiert, ob das angebotene Produkt als Leistungsgesamtheit die Nachfragerbedürfnisse befriedigt oder nicht.

## 2. Verhältnis zu den andern Markenfunktionen

Die traditionellen Funktionstheorien gehen, soweit sie durch die Rechtsprechung anerkannt werden, ohne weiteres in der Kommunikationsfunktion auf: Die **positive Individualisierung** besteht darin, dass alle gleich markierten Produkte mit demselben Kommunikationskanal verbunden sind. Dadurch werden sie zu einer Produktgattung mit einheitlich verantwortetem Ursprung, innerhalb derer die Produkterfahrungen von einem Exemplar auf alle übertragen werden.

Die gemeinsame **Herkunft** wird in diesem Rahmen zum gemeinsam verantworteten Ursprung innerhalb der Gattung der mit demselben Kommunikationskanal verbundenen Produkte.

Die **Qualitätsfunktionen** werden auf ihren Kern, die Erfahrungsübertragung durch den Käufer, reduziert. Der konstante Signal-Code<sup>100</sup> der Marke erlaubt dem Konsumenten, sich durch Erfahrungsübertragung auf dem Markt zu orientieren und seine Antwort auf die Ansprache durch den Anbieter in den Kommunikationskanal

<sup>98</sup> Dazu statt vieler Luhmann, die Einheit des Rechtssystems, S.135.

<sup>99</sup> Grundlegend zur Marke als Kommunikationsinstrument Schreiner, S.55ff.; Lehmann, Einstandspreis II, S.315; ders., Property rights und Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums, S.525. Auf dieser Doppelnatur basiert die prinzipielle Unterscheidung von eigenwertigen und nicht eigenwertigen Marken, die Schlupe, Markenrecht, passim, vornimmt. Angehrn, Markenpolitik, Sp.1227, bezeichnet die Marke als "Mittel ... zur Verständigung mit der Umwelt".

<sup>100</sup> Lehmann, Einstandspreis II, S.315.



hineinzugeben. Darauf basiert die aktive Rolle des Käufers im Qualitätswettbewerb.

### 3. Formale positive Individualisierung

Die Gleichheit der gleich markierten Produkte besteht also positiv darin, dass sie mit demselben Kommunikationskanal verknüpft sind. Welches die Eigenschaft ist, die positiv die Gleichheit ausmacht, wird nicht durch die notwendigerweise einheitliche rechtliche Markenfunktion festgelegt. Die positive Individualisierung ist eine formale; sie bleibt inhaltlich offen. Die mit der einzelnen Marke verbundene materielle Aussage wird für jeden Einzelfall aufgrund der produktpolitischen Werbe- und Marketingmassnahmen des Anbieters<sup>101</sup> einerseits und der Wahrnehmung und Reaktion der Konsumentenzielgruppen anderseits bestimmt.

## IV. Anwendung der Kommunikationsfunktion

### 1. Zeichennatur und Kommunikationsfunktion

Die Marke wird durch die Berücksichtigung ihrer Kommunikationsfunktion von einem Zeichen als statischem Phänomen zum Träger eines dynamischen Prozesses zwischen zwei Partnern, dem Markenrechtsinhaber und dem Konsumenten.

### 2. Kommunikationsfunktion und Trollers "Wesen der Marke"

Trollers<sup>102</sup> Auffassung vom Wesen der Marke lässt sich ohne weiteres mit der Kommunikationsfunktion verbinden: Die im Bewusstsein des Konsumenten entstehende Verbindung von Produkt und Marke stellt den Querschnitt durch den Kommunikationskanal zwischen Markenrechtsinhaber und Konsument dar. Die darin ausgetauschten Botschaften füllen die Klammer mit positivem (vom Markenrecht nicht erfasstem) Inhalt.

---

101 Lehmann, Einstandspreis II, S.316.

102 S.o. B II.

### 3. Kommunikation und zweigleisiger Vertrieb

#### a) Differenzierung von Sponsorship und Kommunikation

Der Anbieter vermag insofern über die Garantieleistung und den Kommunikationsvorgang zu verfügen, als er sie differenzieren kann. Er koppelt einen Teil seiner Produktion vom Rest derart ab, dass die Nachfrager ihre Produkterfahrung nur noch innerhalb dieses Teils übertragen.

#### b) Unterschiedliche Markierung als Kommunikationsdifferenzierung

Diese Abspaltung erreicht der Anbieter, indem er Teile seiner Produktion unterschiedlich markiert, d.h. indem er seine Produkte zweigleisig vertreibt. Die Produktvarianten unterscheiden sich dabei positiv durch je einen eigenen Kommunikationskanal. Dass sie von demselben Anbieter ausgehen und teilweise identische Inhalte transportieren, hat keinen Einfluss darauf, dass es sich um prinzipiell getrennte Kommunikationsvorgänge handelt. Die Kommunikationsfunktion erlaubt es also, die für die Varianten des zweigleisigen Vertriebs verwendeten Marken als markenrechtlich vollständige Marken zu verstehen<sup>103</sup>.

### 4. Abgrenzung gegenüber Lauterkeits- und Kartellrecht

Die ausschliessliche Zuweisung einer Marke als Kommunikationsmittel ist verbunden mit einem Verbotungsrecht, das die ungestörte Benützung des mit der Marke verbundenen Kommunikationskanals schützen soll. Der Markenrechtsinhaber erhält die Möglichkeit zum "Ausschluss Dritter vom Gebrauch des Aussagemittels"<sup>104</sup>.

Zur Produktgattung, innerhalb derer die Nachfrager ihre Produkterfahrungen übertragen, sollen nur Produkte gehören, die der Anbieter durch die Markierung zu einer Produktgattung mit einem einheitlichen Kommunikationskanal (und dadurch mit einem einheitlich verantworteten Ursprung) zusammengefasst hat. Das Markenrecht hat den Zweck, Verwechslungen zwischen den Produkten Dritter und die-

103 Dies gilt auch dann, wenn sich der Anbieter zu einer Variante nicht bekennt (verdeckter zweigleisiger Vertrieb), sogar wenn er sie dazu verwendet, die Herkunft der damit markierten Produkte aus seinem Betrieb zu verschleiern (sog. Verschleierungszeichen). A.M. David, Kommentar, N 9 zu Art. 1, und Bernhard Ascher, Verschleierungszeichen, GRUR 35 (1930), S. 15-17, beide unter Berufung auf die Herkunftsfunktion.

104 Schluep, Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 402.

ser Produktgattung zu vermeiden, d.h. die verschiedenen Kommunikationskanäle gegeneinander abzugrenzen.

Die stofflich-technische Qualität des Basisprodukts gehört dagegen nicht zum Kommunikationskanal, sondern zu den übermittelten Botschaften, mit denen sich das Markenrecht nicht befasst<sup>105</sup>.

Alle mit der Marke verfolgten Zwecke ausser Abgrenzung und Schutz der Kommunikationskanäle, fallen nicht in den Schutzbereich des Markenrechts. Darum unterliegen die mit der Verwendung mehrerer Marken für dasselbe Basisprodukt verfolgten besonderen Zwecke der Bewertung durch das UWG, das KG (oder das PüG)<sup>106</sup>.

Dass der zweigleisige Vertrieb markenrechtlich unbedenklich ist, schliesst demnach seine Verwendung zu lauterkeits- und kartellrechtswidrigen Zwecken nicht aus<sup>107</sup> und macht seine Ueberprüfung im Lichte dieser Gesetze nicht entbehrlich. Wann der zweigleisige Vertrieb zu Zwecken eingesetzt wird, die ihn zu einem lauterkeits- und kartellrechtsrelevanten Instrument stempeln, muss deshalb in den folgenden Teilen der Untersuchung für einzelne Fallgruppen aufgezeigt werden<sup>108</sup>.

105 Lehmann, Einstandspreis II, S.316; anders Schluep, Markenrecht, S.339; vgl. aber ders., Kartellrechtliche Grenzen, S. 539.

106 Vgl. dazu Bericht der Deutschen Landesgruppe 1983, S.107. Die Beziehung zwischen Wettbewerbszwecken und Markenfunktionen ist Thema der Rechtssprechung des EuGH in den Fällen ursprungsgleicher Warenzeichen auf dem gemeinsamen Markt. Dazu statt vieler Wolfgang Hefermehl/Karl-Heinz Fezer, Der Schutz der Marke im Gemeinsamen Markt, in: Wolfgang Hefermehl/Hans Peter Ipsen/Walter R.Schluep/Günter Sieben, Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, S.1-157, spez.S.24ff.; Schluep, Kartellrechtliche Grenzen, S.538f. m. FN 40; derselbe, Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 402ff.

107 "Die [aus der gesetzlichen Kartell-Monopolordnung] ausgegliederten gewerblichen Schutzrechte [können aber] wie andere Institute ... durchaus [auf die kartell- und monopolordnungsrelevanten Wettbewerbszwecke bezogene] Funktionen übernehmen ... , die sie zu kartellrechtlich relevanten Instrumenten stempeln" (Schluep, MSchG und KG, S.406; umfassend dazu Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung) und in diesem Sinn einen Missbrauch des Markenrechts darstellen (Balz, Paradigmenwechsel, S.330; Burgbacher, Warenzeichenlizenzverträge, S.70).

108 Schluep, Kartellrechtliche Grenzen, S.539; ders., Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 406.

## § 10 SUBJEKTIVES MARKENRECHT

### A Kennzeichnungsfreiheit oder Kennzeichnungspflicht

Für die Beantwortung der Frage, wie sich der zweigleisige Vertrieb mit dem subjektiven Markenrecht vereinbaren lässt, ist entscheidend, ob die Zuordnung der Marke im Sinne der **Kennzeichnungsfreiheit**<sup>109</sup> oder der **Kennzeichnungspflicht** ausgestaltet wird. Kennzeichnungsfreiheit bedeutet, dass dem Berechtigten eine beliebige Anzahl Marken zur Verfügung steht, während bei einer Kennzeichnungspflicht dem Berechtigten nur das Recht zusteht, für ein Basisprodukt eine einzige Marke zu verwenden. In diesem Fall wäre der zweigleisige Vertrieb rechtlich unmöglich.

#### I. Kennzeichnungsfreiheit

Das Recht auf freie Kennzeichnung beruht unmittelbar auf Art.31 BV, der Handels- und Gewerbefreiheit<sup>110</sup>.

Die Kennzeichnungsfreiheit umfasst zwei Aspekte: Das Recht, die auf dem Markt angebotenen Produkte mittels "freier", noch nicht zugeordneter Zeichen zu markieren (Markenerwerbsfreiheit), und das Recht, über ein Zeichen (exklusiv) zu verfügen (Markenbenutzungsfreiheit).

#### 1. Markenerwerbsfreiheit

Die Freiheit, eine oder mehrere Marken für ein bestimmtes Basisprodukt zu hinterlegen, ist unbestritten, soweit die formellen und modalen Bedingungen des MSchG eingehalten werden. Sie umfasst - in den Schranken einer nur punktuellen Kennzeichnungspflicht<sup>111</sup> - auch die Freiheit, für ein Basisprodukt keine oder mehrere Marken eintragen zu lassen.

<sup>109</sup> Schluep, Markenrecht, S.213f., 242.

<sup>110</sup> Marbach/Hilti, S.383; Schluep, Markenrecht, S.12; Spoendlin, Markenrecht, S.34.

<sup>111</sup> S u. II.

## **2. Markenbenutzungsfreiheit**

Das Markenrecht räumt dem Berechtigten die Möglichkeit ein, mittels einer exklusiven Kennzeichnung einen eigenen Kommunikationskanal mit den Konsumenten aufzubauen und (durch das Verbot verwechslungsfähiger Zeichen auf nicht gänzlich verschiedenen Waren) vor Inanspruchnahme und Störungen durch Dritte zu schützen.

Nach der h.M. umfasst die Kennzeichnungsfreiheit des Markenrechtsinhabers auch die Möglichkeit, seine Ware sowohl markiert als auch unmarkiert oder unter verschiedenen Marken anzubieten<sup>112</sup>. Demnach umfasst die Kennzeichnungsfreiheit prinzipiell auch das Recht, ein Produkt zweigleisig zu vertreiben.

## **3. Gemeinsame Grundlage für Erwerbs- und Benutzungsfreiheit**

Für beide Aspekte der Kennzeichnungsfreiheit, die Erwerbs- und die exklusive Benutzungsfreiheit, wird die Grundlage in der Persönlichkeit des Kennzeichnenden und seiner allgemeinen Handlungsfreiheit gesehen.

## **II. Kennzeichnungspflicht**

### **1. Öffentlich-rechtliche Kennzeichnungspflicht**

In einzelnen Bereichen hat die Marke den Charakter eines Verantwortlichkeitszeichens mit öffentlich-rechtlichem Einschlag<sup>113</sup>, deren Verwendung einem Anbieter durch Sonderbestimmungen zwingend vorgeschrieben<sup>114</sup> wird. Auch verbinden einzelne Rechtsordnungen mit ihrer planwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung

---

112 Es gehört zum "positiven Benutzungsrecht" des Zeicheninhabers, darüber entscheiden zu können, "welche der aus seinem Geschäftsbetrieb stammenden Waren mit seinem Zeichen versehen und als Markenwaren in Verkehr gebracht werden sollen" (Ulmer, Zeichenrechtliche Grenzen, S.13.); Schluep, Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S.392 m. FN 58.

113 Z.B. bei Zunftmarken oder obligatorischen Schauzeichen; dazu Schluep, Markenrecht, S.40f, 53f.; Lauper, Rechtliche Ordnung, S.159ff.; zum deutschen Recht Jacob-Steinorth, S.78f.

114 Z.B. Lebensmittelverordnung Art.128, 157, 170, 210, 274; BG betreffend die Fabrikation von Zündhölzchen Art.6, BG über die Kontrolle des Verkehrs mit Edelmetallen Art.9, VV zum BG über das Absinthverbot Art.3quater. Dazu Heinrich David, Kommentar, N I zu Art.1, zweiter Absatz; Matter, Kommentar, S.44; Lauper, a.a.O.



folgerichtig eine Kennzeichnungspflicht<sup>115</sup>. In diesen Bereichen ist ein zweigleisiger Vertrieb rechtswidrig.

## 2. Lauterkeitsrechtliche Kennzeichnungspflicht

Eine lauterkeitsrechtliche Markierungspflicht besteht dann, wenn zur Vermeidung von Verwechslungen bei sonst aus technischen Gründen verwechselbaren Produkten (irgend-)eine Marke verwendet werden muss<sup>116</sup>. Diese Form der Markierungspflicht schliesst den zweigleisigen Vertrieb nicht aus.

## 3. Konsumentenschutz und Kennzeichnungspflicht

Auch unter dem Blickwinkel des Konsumentenschutzes wird die Einführung einer Kennzeichnungspflicht diskutiert. Nicht nur prinzipiell auf diesbezügliche Reformen drängende "Verbraucherjuristen", auch Schluep hat die Ansicht geäussert, ein generelles Markenobligatorium<sup>117</sup> liege im Interesse der Konsumenten und sei de lege ferenda zu wünschen.

## B Subjektives Markenrecht und zweigleisiger Vertrieb

### I. Allgemeines

Es handelt sich beim subjektiven Markenrecht um ein subjektives Recht im formalen wie im materialen<sup>118</sup> Sinn. Mittels eines subjektiven Rechts im formalen Sinne

115 Die sozialistischen Staaten kennen einen generellen Markierungszwang. Vgl. Troller, IGR I, S.280; ders., Subjektives Recht, S.744ff. jeweils m.w.H.; Wablat, Das sowjetische Warenzeichenrecht, S.38ff., spez.S.40: "Allgemeiner Kennzeichnungszwang"; Baumbach/Hefermehl, WZG, Anhang I, DDR-WZG § 1 Abs.1 i.V.mit Abs.3 m.w.H.

116 Vgl. BGE 84 II 579ff.(587).

117 Schluep, Markenrecht, S.111, S.242; vgl. Kraft, Verbraucherschutz im Markenrecht, S.417.

118 Dazu Schluep, Markenrecht, S.296.

Das subjektive Markenrecht **im formalen Sinn** ist verbunden mit der Rechtspflicht Dritter, den Kommunikationsvorgang nicht zu stören (Art.24 MSchG), und gepaart mit Sanktionen, die auf Vollstreckung des gesollten Verhaltens zielen, wobei die Vollstreckung der Pflicht und das Auflösen der Zwangssanktionen in den Willen des berechtigten Subjekts gestellt ist. Für Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S.155f, ist dies der entscheidende Aspekt des subjektiven Rechts. Das subjektive (Marken-)Recht **im materiellen Sinn** beinhaltet die Zuordnung eines Guts an das interessierte Subjekt zum Haben und Nutzen.

Die Zuordnung muss möglich und nötig sein. **Möglich** ist sie, weil es sich bei der Marke um ein

wird die natürliche Freiheit des Subjekts, eine Aussage mittels eines bestimmten Zeichens zu machen, rechtlich anerkannt.

De lege lata gilt die Möglichkeit, dasselbe Produkt sowohl markiert als auch unmarkiert oder unter verschiedenen Marken desselben oder mehrerer Markenrechtsinhaber zu verkaufen, als Teil der Kennzeichnungsfreiheit des Markenrechtsinhabers<sup>119</sup>.

## II. Verbot des nachträglichen Markierens von Originalware durch Dritte

### 1. Recht zum Austauschen der Marken?

#### a) Keine Täuschung des Publikums über die Herkunft?

Keine der in der Literatur vertretenen Herkunftsfunktionen führt dazu, dass die Varianten eines zweigleisig vertriebenen Produktes in jedem Fall zu verschiedenen Produktgattungen gehören, die sich durch ein positives Individualisierungskriterium unterscheiden. Die Marken der Produktvarianten unterscheiden nicht Ungleiches, sondern bezüglich der andern Variante wesentlich Gleiches.

Die h.L. und Rechtsprechung anerkennt einzig den Hinweis auf die Herkunft der Erzeugnisse als rechtliche Markenfunktion<sup>120</sup>, und Art.24 MSchG bietet aufgrund der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>121</sup> nur Schutz gegen Handlung

---

(ideelles) Gut handelt, das rechtlich beherrscht werden kann (Schluep, Markenrecht, S.318).

**Nötig** ist die Zuordnung eines Guts nach der Ansicht von Schluep nur bei knappen Gütern, die einen Tauschwert haben (Schluep, Markenrecht, S.312, 319). Marken ohne ursprüngliche Attraktionskraft sind aber im Ueberschuss vorhanden, also nicht knapp. Und Marken an sich haben keinen Tauschwert, da sie nicht ohne den entsprechenden Geschäftsbetrieb übertragen werden können (Art.11 MSchG). Darum hält Schluep (Markenrecht, S.318, 342f.) die eindeutige Zuordnung nur für unter polizeilichen Ordnungsgesichtspunkten geboten. Nach der hier vertretenen Meinung ist aber zu berücksichtigen, dass die Kommunikationsfunktion zur rechtlichen Definition der Marke gehört. Die eindeutige Zuordnung findet ihre Begründung in diesem Fall nicht in der Knappheit des Gutes Marke, sondern in ihrer Funktion als Kommunikationsinstrument, ähnlich wie bei einer Telefonnummer oder einer Wellenfrequenz im Fernmeldebereich (Iklé, S.131 FN 81; Posner, Economic Analysis of Law, S.31ff.). Aufgrund der Funktion der Marke als Kommunikationskanal wird die Zuteilung nötig, d.h. unter gerechtigkeitsbezogenen und funktionalen Gesichtspunkten geboten.

119 Ascarelli, Teoria, S.431; Baumbach/Hefermehl, WZG, § 15 RN 67; Heinrich David, Kommentar, Art.24 N 25; Schluep, Markenrecht, S.340; ders., MSchG und KG, S.392 FN 58; anders nur das mexikanische Gesetz über gewerbliches Eigentum vom 11.Februar 1976, Art.106; dazu Jorge Perez Vargas, Mayor Innovations Regarding Trade and Service Marks in the Newly Revised Mexican Law of Innovations and Marks - a Mexican Perspective, 66 Trademark Reporter 188 (1976).

120 So eindeutig BGE 95 II 193, 465; 86 II 279. Vgl. auch BGE 105 II 55ff.

121 BGE 68 II 279, 105 II 54.

gen, durch die das Publikum über die Herkunft des Produkts irregeführt werden könnte<sup>122</sup>. Eine markenrechtliche Klage gegen eine Markenvertauschung zwischen zwei Produktvarianten eines zweigleisigen Vertriebs würde also **nicht** geschützt, weil das Publikum dadurch nicht über die Herkunft der Produkte getäuscht wird<sup>123</sup>.

#### b) Deutsche Rechtsprechung zum Ankündigungsrecht

Aus der Annahme, das Vertauschen der Marken zwischen den Varianten eines zweigleisigen Vertriebs beinhalte keine Täuschung des Publikums über die Herkunft, hat Hagens in seinem WZG-Kommentar<sup>124</sup> konsequent den Schluss gezogen, die zeichenrechtliche Ankündigung<sup>125</sup> echter, vom Zeicheninhaber anonym oder unter einer anderen als dem üblichen Zeichen in Verkehr gebrachten Ware sei auch ohne Ermächtigung durch den Zeicheninhaber jedem Dritten erlaubt. Dies gelte allerdings nur für das Ankündigungsrecht, das Hagens als erweiterten Schutz gegen unlauteren Wettbewerb mittels falscher Herkunftsbezeichnung vom markenmässigen Gebrauch abgrenzt und (nur) dafür eine Irreführung der Nachfrager als Tatbestandselement verlangt<sup>126</sup>.

Das Reichsgericht folgte in der Stellin- und Shell-Entscheidung der von Hagens vertretenen Meinung<sup>127</sup>: Das Ankündigungsrecht schütze den Zeicheninhaber nur gegen unlauteren Wettbewerb durch **falsche Herkunftsangaben**. Wenn bei zweigleisig vertriebenen Produkten die (anonym oder unter einer weniger bekannten Marke) angebotene Variante mit der Marke der andern Variante angekündigt wird, werde dadurch auf die richtige Herkunft des Produkts hingewiesen.

In einem neuesten Entscheid<sup>128</sup> in Sachen **Schiesser men-fit** hat der deutsche BGH diese Rechtsprechung im Ergebnis aufrechterhalten. In der Begründung ist er aber von der Linie der Shell- und Stellin- Entscheidung abgewichen: Der Cash & Carry-Markt "METRO" kündigte Pyjamas, die vom Hersteller Schiesser unmar-

122 Heinrich David, Kommentar, N 4 und 25ff. zu Art.24 und Lucas David, Supp., N.30aff. zu Art.24.

123 Viragh, S.110, spricht bezüglich dieser Konsequenz von "absurden Ergebnissen".

124 Alfred Hagens, Warenzeichenrecht, Berlin 1927, § 12 N 24.

125 Zum Begriff der Ankündigung im deutschen Recht vgl. Baumbach/Hefermehl, WZG, § 15 RN 58; Peter Ulmer, Die zeichenrechtlichen Grenzen der Händlerwerbung mit Herstellermarken, S.14.

126 Für das Verbot der Markenrechtsverletzung durch markenmässigen Gebrauch setzt § 15 WZG keine Publikumstäuschung voraus, so dass das eigentliche "Um-Markieren" nach deutschem Recht in jedem Fall eine Markenrechtsverletzung darstellt.

127 RGZ 124, S.273 (279) und MuW 1931, S.613ff. (615); dazu Burgbacher, Warenzeichenlizenz, S.68f.

128 GRUR 1987, S.707f.

kiert verkauft worden waren, als originale "Schiesser"-Pyjamas an. Schiesser verklagte ihn wegen Verletzung seines Ankündigungsrechts (§ 15 WZG). Der BGH hielt die Auffassung, das Ankündigungsrecht umfasse nur einen Schutz gegen die Irreführung über die betriebliche Herkunft und damit über die Echtheit der angebotenen Ware, für zu eng. Auch erschöpfe sich das Ankündigungsrecht des Warenzeicheninhabers durch das Inverkehrbringen der Ware noch nicht völlig. Es sei ihm auch danach noch möglich, zeichenrechtlich missbräuchliche Ankündigungen seiner Waren zu verbieten. Ein solcher Ausnahmefall liege aber in casu nicht vor: Der Beklagte verwende die Marke Schiesser als Hinweis auf Originalware der Klägerin. Spezielle unlauterkeitsbegründende Faktoren, etwa Täuschung über die Leistungsfähigkeit der Beklagten oder über die fehlende Herstellergarantie bei unmarkierten Pyjamas lägen nicht vor.

c) Schweizerische Rechtsprechung zum nachträglichen Markieren von Originalware durch Dritte

Das schweizerische Bundesgericht hat - ohne nähere Begründung - in zwei älteren Entscheiden<sup>129</sup> ausgeführt, das nachträgliche Markieren unmarkiert in Verkehr gesetzter Originalware durch Dritte verstosse gegen das subjektive Recht des Markeninhabers und verletze Art.24 lit.d MSchG<sup>130</sup>.

d) Täuschung des Publikum über einheitlich verantworteten Ursprung

Wenn wir von der oben definierten Kommunikationsfunktion der Marke ausgehen, lässt es sich ohne weiteres erkennen, dass das nachträgliche Markieren von Originalware durch Dritte das Publikum über den einheitlich verantworteten Ursprung der gleich markierten Waren täuscht. Das nachträgliche "Um-Markieren" von Originalware durch Dritte verletzt also das subjektive Markenrecht des Markenrechtsinhabers und ist darum markenrechtlich verboten.

129 BGE 32 I 699ff.: Der Beklagte Heinen liess von der Klägerin, den Höchster Farbwerken, hergestelltes, unmarkiert verkauftes "Pyramidon"-Pulver pressen und unter der Marke "Pyramidon" verkaufen. "S'il plait à l'ayant-droit de ne pas apposer sa marque sur certains de ses produits, il n'appartient à personne d'autre ... de le faire" (S.702).

BGE 52 I 192ff.: Die Klage von Hoffmann-La Roche gegen Mildner wurde abgewiesen, weil die Produkte, welche dieser von einer Wiener Tochterfirma von Hoffmann-La Roche bezog und neu mit der Marke "Roche" versah, bereits mit "Digalen Roche" markiert in Verkehr gesetzt worden war (S.203).

130 So auch Schluep, Markenrecht, S.133; ders., MSchG und KG, S.392 FN 58; Baumbach/Hefermehl, WZG, § 15 RN 67: "Wenn auch die Ware aus dem Betrieb des Zeicheninhabers stammt, so hat er sich doch nicht zu ihr bekannt." Beier, Grenzen der Erschöpfungslenre im Markenrecht (mit zahlreichen Hinweisen auf die in dieser Frage einheitliche Rechtslage in verschiedenen europäischen Ländern); Roubier, Propriété industrielle I, S.382 (mit Hinweisen auf ältere französische Entscheide, welches das Recht Dritter zum nachträglichen Markieren von Originalware bejahen); Ulmer, Zeichenrechtliche Grenzen, S.17; Viragh, S.109f.



## 2. Markenrechtliche Konsequenzen

Die Anerkennung eines Rechts des Absatzmittlers zum Austauschen der Marken zwischen den Varianten eines zweigleisigen Vertriebs hätte markenrechtlich einschneidende Konsequenzen, weil ihm die Produktdifferenzierung und Marktsplattung durch unterschiedliche Markierung identischer Basisprodukte praktisch verunmöglicht würde. Dadurch würden wichtige Unternehmensinteressen<sup>131</sup> verletzt.

## 3. Praktische Bedeutung dieses Rechts

Das praktische Interesse an einem solchen Recht zum Vertauschen der Marken zwischen den Varianten eines zweigleisigen Vertriebs ist allerdings gering: Es könnte nur von einem Absatzmittler wahrgenommen werden, indem er die von ihm anonym oder unter seiner Handelsmarke bezogene Ware mit der entsprechenden Herstellermarke versehen anbieten würde.

Wenn es sich um ein Produkt handelt, das auch in der Form des Herstellermarkenartikels starkem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, so besteht am Ummarkieren kein Interesse. Generell geht der Trend dahin, dass Händler sich eher durch Produkte mit eigenen Marken profilieren, als vom Ruf der Herstellermarkenartikel profitieren wollen.

Wenn die Herstellermarke dagegen eine starke Marktposition einnimmt, von der zu profitieren dem Händler durch den Hersteller verwehrt wird, läuft jener durch das Ummarkieren Gefahr, den Lieferanten zu verlieren. Der Händler, der die Macht hat, den Hersteller dazu zu zwingen, ihn trotzdem weiterhin mit der unter seiner Handelsmarke angebotenen Variante des Produkts zu beliefern, ist auch stark genug, vom Hersteller zu verlangen, mit der Herstellermarke beliefert zu werden.

Ein derartiges Recht könnte nur dann aktuell werden, wenn der Händler einem Hersteller gegenübersteht, den er nicht zur Belieferung mit dem Herstellermarkenartikel bewegen kann, dessen Zweitmarkenvariante für ihn aber jederzeit problemlos erhältlich ist.

---

131 S. § 4. Und u.U. auch Allgemeininteressen, s. § 7.



### III. Entfernen der Marke durch Dritte

Der zweigleisige Vertrieb kann auch darauf beruhen, dass ein Dritter, i.d.R. ein Absatzmittler, die vom Hersteller angebrachte Marke entfernt und das Produkt markenlos oder unter seiner eigenen Marke in Verkehr bringt. Auch dadurch wird die vom Markenrechtsinhaber beabsichtigte Kommunikation gestört.

Nach der h.L. ist das nachträgliche Entfernen der Marke durch einen Dritten markenrechtlich zulässig, wenn dieser die bezeichnete Sache im Verkehr erworben hat und das Markenrecht des Herstellers sich durch die Veräusserung erschöpft hat<sup>132</sup>. Das Markenrecht gibt dem Berechtigten sachlich keine weitergehende Befugnis als diejenige, die Waren, für welche die Marke bestimmt ist, mit der Marke zu versehen und erstmals in Verkehr zu bringen<sup>133</sup>. D.h. das Markenrecht gibt dem Berechtigten kein Recht auf in jeder Beziehung ungestörte Kommunikation, sondern schützt ihn nur vor Verwechslungen zwischen dem eigenen Kommunikationskanal und Kommunikationsprozessen, die von andern Sendern ausgehen<sup>134</sup>. Ein Verbot der nachträglichen Entfernung der Marke durch Dritte kann sich deshalb nicht aus dem Markenrecht, wohl aber dem Lauterkeitsrecht ergeben<sup>135</sup>.

132 Schluep, Markenrecht, S.140, S.160: "Ist die Sache einmal in Verkehr gelangt, so hat der Inhaber sein Ausschliesslichkeitsrecht verbraucht". Baumbach/Hefermehl, WZG, § 15 RN 40; BGE 86 II 283 (implizit).

133 Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 RN 187; Heinrich David, Kommentar, N 10ff., speziell N 13 zu Art.4, S.114 und Lukas David, Supplement S.45; Kohler, UWG, S.31; Martin-Achard, Droit de suite, S.119; zu den Konsequenzen auf der Verarbeiter- und Wiederverkäuferebene Viragh, Verwendung der Marke durch Wiederverkäufer und Verarbeiter eines Markenartikels, S.108ff. Das italienische Recht untersagt das Entfernen der Originalmarke in Codice civile it. Art.2573.

134 Auch das nachträgliche Entfernen von Kontrollmarken und Herkunftszeichen, welche von den Herstellern beim produktionsrationalisierenden Vertrieb häufig auf den Produkten angebracht werden, um deren Vertriebswege kontrollieren zu können, ist an sich weder markenrechtswidrig (Baumbach/Hefermehl, WZG, § 15 RN 40) noch unlauter (so Cour de justice civile de Genève, Urteil vom 12.Juni 1953, Sem.jud. 76 (1954), S.525, ebenfalls in: Mitt. 1955, S.73; Kohler UWG, S.31; von Büren, Kommentar, S.11.

Das Entfernen von auf der Ware angebrachten Herkunfts- und Qualitätsmerkmalen soll dagegen vom Hersteller verboten werden können. So von Büren, Kommentar UWG, S.11; Martin-Achard, Droit de suite, S.119.

In BGE 86 II 108ff. (114f.) führte das Ausfräsen der Fabrikationsnummer durch den Händler zu einer Beschädigung der Uhr und zum Wegfall der Herstellergarantie. Aus diesem Grund wurde es als unlauter bewertet. Vgl. Germann, Bona Fides, S.216.

135 Baumbach/Hefermehl, WZG, § 15 RN 40; dieselben, UWG, § 1 RN 187; David, Kommentar, Art.4 N 13.

## 2. KAPITEL LAUTERKEITSRECHT

### § 11 KONKRETISIERUNG DER LAUTERKEITSRECHTLICHEN GENERALKLAUSEL

#### A Anwendungsbereich und Schutzobjekt des UWG

##### I. Anwendungsbereich

##### 1. Anwendbarkeit auf jede Wettbewerbshandlung

Unlauter und wettbewerbsverfälschend kann gemäss Art.2 UWG, der **General-klausel**, "jedes Verhalten oder Geschäftsgebaren [sein], welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst". Das UWG ist auf alle den gewinngerichteten Leistungsaustausch<sup>136</sup> betreffende Handlungen, alle Wettbewerbs-handlungen<sup>137</sup>, anwendbar.

Wie wir oben<sup>138</sup> gesehen haben, ist der zweigleisige Vertrieb eine Wettbewerbs-handlung, auf den prinzipiell das ganze Wettbewerbsrecht<sup>139</sup>, auch das Lauterkeits-recht, anwendbar ist.

##### 2. Wettbewerbsverhältnis nicht mehr Tatbestandselement

Der Gesetzesgeber hat darauf verzichtet, in Art.2 UWG ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Verletzer und Verletztem als Element des Tatbestands aufzuführen. Die "alte Streitfrage, ob für die Anwendung des UWG ein Wettbewerbsverhältnis er-

<sup>136</sup> Zu diesem Kriterium Troller, IGR II, S.919; Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. RN 208ff.; Fikentscher, Wirtschaftsrecht II, S.385; Ascarelli, Teoria, S.177ff.; von Büren, Kommentar, Allg. N 41-44, 49-50.

<sup>137</sup> S. § 7 A.

<sup>138</sup> § 8 B I.

<sup>139</sup> Unter dem Begriff des Wettbewerbsrechts werden MSchG, UWG, PüG und KG zusammengefasst. Dazu statt vieler Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S.45 FN 210.

<sup>140</sup> Dazu Baudenbacher, Rechtsverfolgung, S.346; von Büren, Kommentar, Allg. N 45-47; Art.6 N 44; Kummer, Anwendungsbereich und Schutzgut, S.24ff. spez.S.28, 42ff.; Lucas David, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, S.73f.; Hefermehl, Das Prokrustesbett "Wettbewerbsverhältnis",

forderlich" sei<sup>140</sup>, ist durch die Revision des UWG also hinfällig geworden<sup>141</sup>. Art.9 UWG erklärt für klageberechtigt, "wer durch unlauteren Wettbewerb .... in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird...". Ein Wettbewerbs-, d.h. Konkurrenzverhältnis zwischen Verletzer und Verletztem ist damit auch nicht Klagevoraussetzung.

### 3. Wettbewerbshandlungen öffentlicher Unternehmen

Ein zweigleisiger Vertrieb kann nicht nur durch einen dezentral entscheidenden privaten Wettbewerber, sondern auch durch ein privates, öffentliches oder gemischtwirtschaftliches Unternehmen durchgeführt werden, das zwar nicht-hoheitlich<sup>142</sup>, aber aufgrund von staatlich sanktionierten Gruppenvereinbarungen oder staatlichem Plan handelt<sup>143</sup>. Es stellt sich die Frage, ob und wenn ja wie ein derartiger zweigleisiger Vertrieb lauterkeitsrechtlich zu beurteilen sei.

In Fällen, in denen der zweigleisige Vertrieb auf die spezifischen gruppen- oder planwirtschaftlichen Grundlagen zurückzuführen ist, sind die für die Einsetzung dieses Koordinationsmechanismus massgeblichen Gründe bei der Konkretisierung der UWG-Generalklausel mitzubersichtigen. Anders, wenn der zweigleisige Vertrieb von staatswirtschaftlich organisierten Unternehmen aus rein betriebs- oder absatzwirtschaftlichen Gründen durchgeführt würde. Auf derartige Fälle eines zweigleisigen Vertriebs ist das UWG in gleicher Weise anwendbar wie bei einem privatwirtschaftlich handelnden Unternehmen<sup>144</sup>.

Diese Frage wird für den zweigleisigen Vertrieb z.B. bezüglich der regionalen Milchverwertungsgenossenschaften relevant, die öffentliche Funktionen wahrnehmen. Diese vertreiben bestimmte Produkte - primär produktionsrationalisierend - zweigleisig, indem sie diese Produkte zwischen den Genossenschaften austauschen und unter den regionalen Marken vertreiben.

---

S.345ff.; Knoepfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb", S.86; Wrage, S.37ff. Vgl. auch BGE 110 II 420.

141 Troller, IGR II, S.919, vgl. aber S.916f.; Botschaft 1983, S.52.

142 "Soweit öffentliche Unternehmen in der Wirtschaft hoheitlich auftreten, fallen sie von vornherein nicht unter die Wettbewerbsgesetze." (Spoendlin, Verhältnis, S.363).

143 Ausführlich zum Wettbewerb der öffentlichen Hand Baumbach/Hefermehl, UWG, Allg. RN 162 - 174 m.w.H.; Wolfgang Harms, Unlauterer Wettbewerb durch wirtschaftliche Aktivitäten öffentlicher Hände, BB Beilage 17/1986 zu Heft 32/1986; BGH vom 18.12.1981, BGHZ 82, 375 (Brillenurteil).

144 Ebenso OGer ZH in SJZ 84 (1988), S.66-70 (68); Baumbach/Hefermehl, UWG, Allg. RN 162ff.

## II. Schutzobjekt

### 1. Generalklausel und Zweckartikel

Um im Einzelfall beurteilen zu können, ob der zweigleisige Vertrieb unlauter und wettbewerbsverfälschend sei, muss Klarheit über das Schutzobjekt des UWG herrschen. Dieses bestimmt den Normzweck<sup>145</sup>, die Politik des Gesetzes<sup>146</sup>. Um diesen *Gesetzeszweck*, das *τελος*, bestimmen zu können, hat der Gesetzgeber der Generalklausel in Art.1 einen Zweckartikel vorangestellt. Danach bildet der **"lautere und unverfälschte Wettbewerb"** - neben den Entfaltungsmöglichkeiten der Wettbewerber - das Schutzobjekt des UWG. Der Gesetzeszweck besteht darin, "den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten".

Beim "lauteren und unverfälschten Wettbewerb" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, einen "wertausfüllungsbedürftigen" Begriff, den der Richter nur aufgrund eines "ergänzenden Werturteils" auf einen konkreten Sachverhalt anwenden kann<sup>147</sup>.

Immerhin lassen sich aus der Verwendung dieses Begriffs im Zweckartikel direkt folgende Schlüsse ziehen:

- Negativ schliesst er gewisse auch denkbare Gesetzeszwecke aus - z.B. einen reinen Individualschutz, die blosser Wahrung der Interessen der Mitbewerber oder eine ausschliessliche Durchsetzung der Grundsätze der Geschäftsmoral.
- Positiv bedeutet der Zweckartikel "eine klare Ausrichtung" auf die "funktionale Betrachtungsweise": "Die Scheidung des lautereren vom unlauteren Wettbewerb muss sich somit - ausser auf geschäftsmoralische Kriterien - auf die Ergebnisse stützen, die von einem System funktionierenden Wettbewerbs erwartet werden können."<sup>148</sup>

Im folgenden soll untersucht werden, ob dieser Begriff durch Auslegung von Generalklausel und Spezialtatbeständen hinreichend konkretisiert werden kann.

<sup>145</sup> Dazu Schmidt, Normzweck und Zweckprogramm, passim.

<sup>146</sup> Ernst Steindorff, Politik des Gesetzes als Auslegungsmassstab, FS zum 70. Geburtstag von Karl Larenz, München 1973, S.217-244; darauf basierend Werner Fütter, Auf der Suche nach der Politik des Gesetzes, in: Dogmatik und Methode, FS Josef Esser, Kronberg 1975, S.37-54; kritisch Schricker, Gesetzesverletzung, S.239ff.

<sup>147</sup> Dazu Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S.31f. m.w.H.

<sup>148</sup> Botschaft 1983, S.31.



## 2. Generalklausel und Spezialtatbestände

Obwohl neben der Generalklausel von Art.2 UWG in Art.3 - 8 UWG Spezialtatbestände aufgelistet sind, gibt es nach einhelliger Auffassung nur einen Begriff der Wettbewerbsverfälschung. Die Spezialtatbestände bilden keine selbständigen Rechtsregeln, sondern nur beispielhafte, illustrierende Fallgruppen, welche die Generalklausel verdeutlichen<sup>149</sup> und dem Richter das Einordnen des in Frage stehenden Sachverhaltes erleichtern. Sie sollen nicht Obersätze abgeben, unter die ein konkreter Sachverhalt einfach zu subsumieren wäre<sup>150</sup>.

## 3. Elemente der Generalklausel

Die Generalklausel enthält (zusammen mit dem Zweckartikel) eine Vielzahl von Elementen<sup>151</sup>: "unlauter", "wettbewerbsverfälschend", "widerrechtlich", "täuschend", "in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossend".

Von den genannten Elementen ist die Widerrechtlichkeit kein Merkmal der Unlauterkeit, sondern Rechtsfolge. "Unlauter" und "wettbewerbsverfälschend" sind konjunktiv miteinander verbunden, d.h. eine Wettbewerbshandlung erfüllt entweder beide Merkmale gleichzeitig oder keines. Die beiden Begriffe "täuschend" und "gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossend" sind als Unterbegriffe in "unlauter" und "wettbewerbsverfälschend" enthalten. Aus diesem Aufbau folgt, dass es trotz der Vielzahl von Wertbegriffen nur einen Begriff der Unlauterkeit gibt.

149 Zum Verhältnis von Generalklausel und Spezialtatbeständen Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.104f. m.w.H.; von Büren, Kommentar, Generalklausel N 1; Germann, Kommentar, S.74; ders., Zum Verhältnis zwischen der Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes und seinen Spezialtatbeständen, FS Walther Hug, Bern 1968, S.207-225; Fritz Helber, Die wissenschaftlichen und technischen Leistungen und der urheberrechtliche Werkbegriff, Diss. Basel 1968, S.156; Walther Hug, Unlauterer Wettbewerb, in: Gewerbe und Wirtschaft, FG für August Schirmer, St.Gallen 1941, S.119-169; wiederabgedruckt in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, S.81-100 (S.106); Ralph H. Steyert, Das Verhältnis von Generalklausel und Spezialtatbeständen im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Diss. Basel 1971, S.42ff.; Troller, IGR II, 2.A., S.1054; 3.A. S.923ff.; zum Ent.UWG Botschaft 1983, S.51.

150 Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.105.

151 Diese Elemente enthalten neben der beschreibenden eine stark wertende Komponente. D.h. wenn sie anwendbar sind, ist damit *die ... negative Wertung uno actu vollzogen* (Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S.25).



#### 4. Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben

Die beiden Merkmale "täuschend" und "in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossend" sind untereinander alternativ verbunden. D.h. genau genommen sind "täuschend" und "in anderer Weise" alternative Merkmale, die zusammen abschliessend den Umfang des Oberbegriffs "gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossend" ausmachen.

Auf einer höheren Stufe bilden "gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossend" den Unterbegriff und "unlauter" und "wettbewerbsverfälschend" die Oberbegriffe. Aus dem Satzaufbau geht eindeutig hervor, dass jener der einzige Unterbegriff ist, der von diesen zwei Oberbegriffen erfasst wird.

Der **Grundsatz von Treu und Glauben** nimmt also im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel bezüglich des Begriffsumfangs die zentrale Stellung ein. D.h. jede unlautere Handlung verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Gleichzeitig steht er von allen Elementen der Generalklausel auf der niedrigsten Allgemeinheitsstufe. D.h. er ist am wenigsten weit von einer unmittelbaren Tatbestands-Rechtsfolge-Beziehung entfernt und dem Rechtsanwendenden durch die intensive dogmatische Bearbeitung in der schweizerischen Lehre<sup>152</sup> am vertrautesten. Methodisch bietet er sich darum als Ausgangspunkt für die Konkretisierung der Generalklausel an.

Inhaltlich handelt es sich allerdings um einen unbestimmten Begriff: Was im Einzelfall gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst, muss mit Hilfe zusätzlicher Kriterien bestimmt werden<sup>153</sup>.

#### 5. Kriterien innerhalb der Generalklausel

##### a) Lauterkeit

Das Prädikat der Lauterkeit gibt uns keinen selbständigen<sup>154</sup> Hinweis darauf, welches Wettbewerbshandeln dem Grundsatz von Treu und Glauben entsprechen soll.

152 Vor allem durch Merz, Kommentar zu Art.2 Abs.1 ZGB, Bern; sowie Deschenaux, Der Einleitungstitel, in SPR; Zeller, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot.

153 S.u. C.

154 A.A. Troller, IGR II, S.909f., der behauptet, "lauter" habe in Art.2 Ent.UWG ein anderes, gegenüber "unverfälscht" und "funktionierend" eigenes Gewicht.

Lauter bedeutet rein, unvermischt, ungetrübt; welcher Art die wettbewerbsfremde<sup>155</sup> Vermischung, Trübung ist, muss erst noch bestimmt werden.

#### b) Unverfälschtheit

Das Prädikat der Unverfälschtheit "enthält *keinerlei Hinweis auf die Massstäbe zur Ermittlung*" einer Verfälschung<sup>156</sup>. Es stellt nur die formale Verbindung zum - noch zu bestimmenden - materiellen Kriterium des richtigen, unverfälschten Wettbewerbs her<sup>157</sup>, sagt aber selbst nicht, in welcher Weise dieses zu bestimmen ist.

#### c) Funktionsfähigkeit

In Materialien und Literatur wurde der Begriff des lauterer und unverfälschten Wettbewerbs um das Merkmal der Funktionsfähigkeit resp. Funktionalität erweitert. Als "funktionsfähiger Wettbewerb" wird er zu einem wettbewerbstheoretischen Fachausdruck, mit dem bestimmte ökonomische Theorien bezeichnet werden<sup>158</sup>.

#### d) Wettbewerb

Der Wettbewerb, das wettbewerbliche Handeln, ist Untersuchungs- und Regelungsgegenstand des gesamten Wirtschaftsrechts, der Wirtschaftsverfassung und der Wirtschaftswissenschaften. Im hier verstandenen Sinn handelt es sich um einen "funktionsbestimmten" Begriff<sup>159</sup>, der Teil eines "inneren Systems" von Werten und Prinzipien bildet<sup>160</sup>.

Alle diese Bereiche - Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftswissenschaften - enthalten den Wettbewerb betreffende Wertbegriffe, normative Prinzipien. Die Bezüge innerhalb dieses Systems sind geeignet, diesen Begriff inhalt-

---

155 Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. RN 68.

156 Vgl. Zeller, S.335.

157 S.u. B.

158 § 7: "workable competition". Zum Problem der Uebernahme wirtschaftswissenschaftlicher Theorien und Begriffe unten B VI.

159 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.459.

160 Im Zusammenspiel von Rechtsprinzipien wird ein derartiger unbestimmter Begriff gleichzeitig hinsichtlich seines Inhalts, d.h. der Anzahl der invarianten Merkmale oder Tatbestandselemente der von ihm umfassten Unterbegriffe oder Fälle ergänzt und hinsichtlich seines Umfangs, d.h. der Anzahl der von ihm umfassten Unterbegriffe oder Fälle eingeschränkt. Unter B wird es darum gehen, die Prinzipien, welche dieses "innere System" bilden, und die Bezüge zum Lauterkeitsrecht darzustellen.

lich soweit anzureichern und umfangmässig einzugrenzen, so dass eine Bestimmung der Unlauterkeit im Einzelfall möglich wird.

Der Begriff des lauterer und unverfälschten Wettbewerbs beinhaltet also den zentralen Prinzipiengehalt des Lauterkeitsrechts. Die Subsumption ist zwar unter den Grundsatz von Treu und Glauben<sup>161</sup> vorzunehmen, aber die entscheidenden Tatbestandselemente sind dem Begriff des lauterer und unverfälschten Wettbewerb zu entnehmen. Wir sprechen darum im folgenden vom **Grundsatz von Treu und Glauben im Wettbewerb**.

## 6. Treu und Glauben im Wettbewerb als konkretisierungsbedürftiges Rechtsprinzip

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art.2 UWG nicht unmittelbar anwendbar ist, weil er den Tatbestand nicht mit der Klarheit umschreibt, welche notwendig ist, damit der Richter die Subsumtion eines konkreten Sachverhalts vornehmen kann<sup>162</sup>. Dieses Heruntertransponieren<sup>163</sup> des Rechtsprinzips auf die Ebene der Einzelfallentscheidung fassen verschiedene Autoren<sup>164</sup> als Ausfüllen einer Lücke intra legem auf, andere<sup>165</sup> dagegen als vom Gesetzgeber gewollte Konkretisierung einer in die Form eines Prinzips, einer Generalklausel gekleideten gesetzlichen Regelung. Durch diese Konkretisierungstätigkeit des Richters entstehen entsprechende Spezifikationen von Treu und Glauben, d.h. aus dem Rechtsprinzip abgeleitete, unmittelbar auf einen Sachverhalt anwendbare Konkretisierungsformen<sup>166</sup>.

## III. Art der Konkretisierung von Treu und Glauben im Wettbewerb

### 1. Rechtssatzmässige oder einzelfallbezogene Konkretisierung?

Ist eine generelle lauterkeitsrechtliche Beurteilung des zweigleisigen Vertriebs

161 Als dem Begriff mit dem geringsten Umfang an erfassten Einzelfällen. N.B. Der Oberbegriff des .. unverfälschten Wettbewerbs würde an sich auch Kartellrechtsverstösse umfassen.

162 Canaris, Lücken, S.26f.; Larenz, S.240; Zeller, S.8, 186.

163 Zur Konkretisierung als geistiger Tätigkeit Zeller, S.101ff.

164 Dazu ausführlich Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.106ff, spez.S.116ff; Larenz, S.135; Meier/Hayoz, N 262ff. und 291f. zu Art.1 ZGB; Schlupe, Wirtschaftsrechtliche Aspekte, S.353; ders., Wirksamer Wettbewerb, S.32; vgl. auch Burckhardt, Methode und System des Rechts, S.280ff.

165 Canaris, Lücken, S.26ff.; Zeller, S.39; Germann, Bona Fides, S.211; Deschenaux, Einleitungstitel, S.98.

166 Zeller, S.267ff., 344.

möglich? D.h. kann er als per se lauter oder unlauter bewertet werden? Oder ist eine Beurteilung nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktsituation möglich?

Die Antwort auf diese Fragen hängt davon ab, ob die Konkretisierung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel direkt zur Bildung neuer, abgeleiteter Regeln führt, die ihrerseits auf eine Vielzahl von artgleichen Sachverhalten angewendet werden können (Spezifizierung), oder ob sich das Ergebnis in der Regelung eines originären Sachverhalts (Individualisierung) erschöpft<sup>167</sup>. Die spezifizierende Konkretisierung ist die bei den rechtsbegründenden Generalklauseln verwendete Methode<sup>168</sup>, die individualisierende Konkretisierung ist charakteristisch für regel-durchbrechende Generalklauseln wie das zivilrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot von Art.2 Abs.1 ZGB<sup>169</sup>.

## **2. Einzelfallbezogenheit des Lauterkeitsrechts**

Die Lehre tut sich schwer damit, generalisierende Regeln der Unlauterkeit im Wettbewerb zu formulieren. Ein Blick in die einschlägigen Kommentare<sup>170</sup> zeigt, dass die Systematik des Wettbewerbsrechts praktisch nicht über eine Fallgruppenbildung hinausge-  
langt ist. Die einzelnen Fallgruppen werden nach ihrer Stossrichtung und der Art der Kampfmittel eingeteilt, ohne dass damit die Formulierung von generell-abstrakten Rechtsregeln verbunden wäre<sup>171</sup>. Aber angesichts der "proteusartigen Verwandlungsfähigkeit der Unredlichkeit im geschäftlichen Verkehr"<sup>172</sup> sei immer "der Tatbestand als Ganzes auf Wert und Unwert zu prüfen"<sup>173</sup>.

## **3. Konkretisierungsart und Schutzobjekt des UWG**

Die Art der Konkretisierung der Generalklausel hängt eng mit dem Schutzobjekt des UWG zusammen, das Gegenstand einer langen (heute weitgehend abgeschlossenen) Diskussion ist:

---

167 Zu dieser Unterscheidung Zeller, S. 121ff.

168 Zeller, S. 122f.

169 Zeller, S. 124ff.

170 Vgl. statt aller Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. RN 109ff.; von Büren, Kommentar, Allg. RN 25ff.

171 Zeller, S.77, 127.

172 Baumbach/Hefermehl, UWG, Allg. RN 80; Bolla, Proprietà, S.371, der auch von einer "ribelle materia" spricht; dazu allg. Zeller, S. 81 und 130 Ziff. 3; Hart/Jorges, Verbraucherrecht, S.120.

173 Von Büren, Kommentar, Allg. N 15, S.8.



## a) Unlauterkeit als Verletzung von generell-abstrakten Rechtsnormen

Wer annimmt, der unlautere Wettbewerber verletze ein subjektives Recht seines Konkurrenten, etwa ein Persönlichkeitsrecht<sup>174</sup> oder ein Recht am Unternehmen, am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb<sup>175</sup> resp. am damit verbundenen goodwill<sup>176</sup> oder "das Recht des Einzelnen auf wirtschaftliche Betätigung ..... in der Form der Lauterkeit des Wettbewerbs"<sup>177</sup>, für den enthält die Generalklausel des UWG ein rechtsbegründendes Prinzip, aus dem sich direkt anwendbare Rechtsregeln ableiten lassen.

Dasselbe muss für die objektivrechtliche Unlauterkeitsbestimmung gelten, bei der nicht die Verletzung eines (primären) subjektiven Rechts im Mittelpunkt steht, sondern der Schutz des Wettbewerbs durch generell-abstrakte Regeln<sup>178</sup>.

## b) Unlauterkeit als einzelfallbezogener Rechtsmissbrauch

Die Autoren, die am Rechtsmissbrauchsprinzip anknüpfen, gehen davon aus, dass der unlauter Handelnde sein Recht<sup>179</sup>, sich auf dem Markt frei zu betätigen, missbrauche<sup>180</sup>. Das lauterkeitsrechtliche Verbot des unlauteren Handelns stellt in

- 
- 174 Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, S.714, 748.; Josef Kohler, Der unlautere Wettbewerb, Darstellung des Wettbewerbsrechts, Berlin/Leipzig 1924, S.17ff. und passim. Kohler hat dieses Werk "dem Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne, dem hervorragendsten Gerichte des Kontinents gewidmet", weil dessen Auffassungen in der Frage des Schutzbereichs des unlauteren Wettbewerbs in der Rechtsprechung zu Art.48 OR, letztmals in BGE 69 II 296, und der Rechtsnatur des Warenzeichenrechts damals mit seinen Ansichten übereinstimmten. Vgl. Iklé, S.128; neuerdings für spezielle Fälle Lehmann, Persönlichkeitsrecht, S.255ff.; Freund, Persönlichkeitsrecht des Umworbenen.
- 175 So vor allem Baumbach in der 1. bis 5.A. des UWG-Komentars, vgl. jetzt Baumbach/Hefermehl, UWG, Allg. RN 104-141, insbesondere 128ff.
- 176 Dem das italienische *avviamento* und das französische *lancement* entsprechen. Dazu Mario Rotondi, Das *Avviamento* als das Schutzbereich der Klage aus unlauterem Wettbewerb und als Kriterium für die Einteilung der unlauteren Wettbewerbsbehandlungen, GRUR Int. 1956, S.531-540.
- 177 Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S.229, Allgemein: Troller, IGR I, S.113ff.; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S.157ff.; Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. RN 43-46.
- 178 Ascarelli, Teoria, S.188ff.(190); Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. RN 47-50; Germann, Rechtsfindung, S.53; ders., Bona Fides, S.211 ("generelle Norm", vgl. aber S.220ff.); Hefermehl, Entwicklungen, S.212ff.; Magnin, Mise au point, S.144f.; Pedretti, S.42; Raiser, Rechtsschutz, S.156ff.; ders., Subjektives Recht, S.147f.; Roubier, I, S.307ff.; Troller, Grundlagen, S.11; Botschaft 1983, S.30ff.
- 179 Ob dieses Recht zum öffentlichen Recht gehört (Handels- und Gewerbefreiheit, Troller, IGR I, 3.A., S.115), oder privatrechtlicher Natur (Kummer, Schutzgut, S.80; Castelberg, S.98 Roubier) ist, spielt aus zwei Gründen keine Rolle: Das UWG bestimmt die zivil- und strafrechtlichen Rechtsfolgen des Missbrauchs dieses Rechts selbst. Und die Ueberwindung der Dichotomie von privatem und öffentlichem Recht ist ein Charakteristikum des Wirtschaftsrechts. Dazu Meier, Entwicklung, S.304f.; Assmann, Steuerung, S.254; Rudolf Wiethölter, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, FS zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S.41-62 (51); Wrage, S.17f.
- 180 Dazu Troller, IGR II, 2.A., S.115.



diesem Fall die Korrektur eines vorläufigen Rechtszustands dar. Aus der Generalklausel lassen sich also keine generell-abstrakten Rechtsregeln, sondern nur individualisierende, regeldurchbrechende Einzelfallentscheide ableiten.

Der diesem Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung entsprechende positive Zuweisungsgehalt und selbständige Schutzbereich gegen Fremdverletzungen könnte aber nicht über denjenigen der anerkannten, im Wirtschaftsbereich relevanten subjektiven Rechte (gewerbliche Schutzrechte, Eigentum, Vertragsfreiheit, Persönlichkeitsrecht resp. Handels- und Gewerbebefreiheit) hinausgehen, hätte also keine selbständige Bedeutung.

#### 4. Funktionale Konkretisierungsart

##### a) Funktionale Methode zwischen Individualisierung und Spezifizierung

Nach der hier vertretenen Meinung beruht die kasuistische Flexibilität des Lauterkeitsrechts auf dem in diesem Rechtsgebiet bestehenden engen Zusammenhang zwischen Wirtschaft, Politik und Recht, und auf den "auf Flexibilität abgestellten Funktionsbedingungen des modernen Wirtschaftssystems"<sup>181</sup>.

Nach der neueren, auch in dieser Arbeit vertretenen Auffassung ist es der Wettbewerb als ökonomische und rechtliche Ordnung<sup>182</sup>, als Institut, welches die immanenten Schranken der Rechte der Beteiligten setzt<sup>183</sup>. Für den Charakter des Wettbewerbs als Ordnungszusammenhang ist seine Pluralität von Zwecken<sup>184</sup> und seine Doppelnatur<sup>185</sup> entscheidend: Den z.T. divergenten, im Zeitablauf unterschiedlich zu gewichtenden wettbewerblichen Bewertungsgesichtspunkte können generell-abstrakte Normen nicht gerecht werden. Es ist unmöglich und unerwünscht, das offene innere Wertungssystem des Wettbewerbsrechts in ein abgeschlossenes und abschliessendes äusseres, abstrakt-begriffliches System umzuformen<sup>186</sup>.

181 Tilmann, Rechtsstellung, S.33. Vgl. Hart/Joerges, Verbraucherrecht, S.160..

182 Raiser, Rechtsschutz, S.163.

183 So Raiser, Rechtsschutz, S.147, 152 und passim. Vgl. auch Baumbach/Hefermehl, UWG, Allg. RN 89, Einl. N 50. Zum Institutsmissbrauch im Rahmen des Rechtsmissbrauchsverbots vgl. Zeller, S.339ff.

184 § 7 A II.3.

185 Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S.209, weist auf die entsprechende Doppelnatur des Persönlichkeitsrechts und auf die Zweiseitigkeit des Schutzes der Persönlichkeit hin, die vor allem im Wirtschaftsrecht aktuell wird: "Auf der einen Seite bedarf die Persönlichkeit des Schutzes erworbener oder sonst von der Rechtsordnung zugeordneter Güter. Auf der andern Seite verlangt die Persönlichkeit nach einem Schutz ihrer Bewegungsfreiheit und ihrer Beteiligungsmöglichkeit am allgemeinen Austausch und Erwerb von Gütern."

186 Dazu Canaris, Systemdenken, S.35ff.; Larenz, S.160; Schluep, Wettbewerbsverfälschung,

Andererseits führt die funktionale Methode auch nicht zu einer individualisierenden Kasuistik, denn die zu beurteilenden Wettbewerbshandlungen lassen sich anhand der Wettbewerbssituation, in der sie durchgeführt werden, zu Fallgruppen zusammenfassen. Innerhalb solcher Fallgruppen ist der funktionale Bezug zu den Wettbewerbszielen und -werten jeweils ähnlich. Bestimmte Wettbewerbshandlungen lassen sich demnach fallgruppenweise als lauter oder unlauter beurteilen.

## b) Einwand der Rechtsunsicherheit

Verschiedene Autoren wenden ein, die funktionale Methode erhöhe die Komplexität des Wettbewerbsrechts und mindere die Rechtssicherheit<sup>187</sup>. Dem ist entgegenzuhalten, dass die von diesen Autoren als Rechtsunsicherheit bezeichnete Einzelfallbezogenheit und die Unmöglichkeit, im Lauterkeitsrecht generell-abstrakte Regeln zu formulieren, unabhängig von der funktionalen Methode besteht<sup>188</sup>.

Die funktionale Methode unterscheidet sich von der "massstabgebundenen" rechtlichen Beurteilung durch die Vielzahl der zu berücksichtigenden gleichrangigen Wettbewerbszwecke.<sup>189</sup> Dennoch handelt es sich um eine gebundene, rechtsanwendende, nicht "massstabfreie", d.h. politische Wettbewerbsaufsicht<sup>190</sup>. Gleichzeitig erlaubt die Konkretisierung der Generalklausel durch Richterrecht eine ma-

---

S.515ff.; ders., Nachfragemacht, S.567; ders. Vertikalkonzern, S.105.

Den Wettbewerbern sollen nicht allgemein verbindliche Regeln des erlaubten Handelns die Grenzen aufzeigen, bis zu denen sie gerade noch gehen dürfen (Luhmann, Zweckbegriff, S.230). "Gerade im Interesse des Gemeinwohls kann es durchaus einmal geboten sein, die Rechtssicherheit zurücktreten zu lassen; im Kartellrecht mag ein Quäntchen, wenn nicht gar Quantum Rechtsunsicherheit sogar dem Gemeinwohl und der materiellen Gerechtigkeit, nämlich dem Schutz von Konkurrenten, Anbietern und Nachfragern dienlich sein." (Ernst Steindorff, Zur Novellierung des Kartellrechts, BB 25 (1970), S.824-830 [826]); dies gilt für das gesamte Wettbewerbsrecht. Vgl. auch Kohler, S.97ff. Zum notwendigen Mass der Voraussehbarkeit Steindorff, a.a.O., S.828.

187 Wohlmann, Zur funktionalen Auslegung im Kartellrecht; Joerges, Vorüberlegungen, S.46ff.; Hart/Joerges, Verbraucherrecht, S.120. Vgl. Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.146.

Auf demselben Gedanken beruht das neoliberale Postulat von per-se-Wettbewerbsregeln; dazu Möschel, Pressekonzentration, S.47f.

Vgl. auch Luhmann, Rechtssoziologie, S.342: "Die moralische und ideologische Begründung des Rechts würde ersetzt werden durch funktionale Kritik", ders., Einheit, S.144f.; ders., Legitimation durch Verfahren, S.130ff. Ebenso Tilmann, Rechtsstellung, S.35; Wiethölter, Privatrecht als Gesellschaftstheorie? Bemerkungen zur Logik der ordnungspolitischen Rechtslehre, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, FS Ludwig Raiser, Tübingen 1974, S.645-695 [649f.]).

188 S.o. 2.

189 Schricker, Gesetzesverletzung, S.211, spricht von der "Mehrheit oder Vielheit der Massstäbe und Arten, die Unlauterkeit im Wettbewerb zu begründen". Massgeblich sei es, "für jedes Wettbewerbsproblem die passendste Betrachtungsweise oder Kombination einschlägiger Gesichtspunkte zu finden". Dazu auch Baudenbacher, AGB, S.82f.; Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik, S.70; Hart/Joerges, Verbraucherrecht, S.207; Assmann, Steuerung, S.325, jeweils m.w.H.

190 Dazu Drolshammer, S.48ff. m.w.H.

ximale Anpassung an die konkreten Umstände und die Berücksichtigung von Zweckgesichtspunkten<sup>191</sup>.

## **B Kriterien der Konkretisierung von Treu und Glauben im Wettbewerb**

### **I. Keine gesetzesnotwendigen Konkretisierungskriterien**

Sowohl die Grundsätze des kaufmännischen Anstands und der **Geschäftsmoral** bzw. die Prinzipien des **Leistungswettbewerbs**, die traditionellerweise zur Verdeutlichung dessen, was mit dem Grundsatz von Treu und Glauben im Wettbewerb gemeint ist, verwendet werden, als auch die funktionale Bewertung stellen heuristische Hilfskriterien<sup>192</sup> dar, die von aussen an die Generalklausel herangetragen werden. Derartige Konkretisierungskriterien werden vom Begriff des Grundsatzes von Treu und Glauben im Wettbewerb weder bedingt noch auch nur nahegelegt.

### **II. Regeln der Geschäftsmoral**

Die Frage, inwiefern die Regeln der Geschäftsmoral, d.h. die im Geschäftsleben geltenden etablierten Grundsätze und allgemein gebilligten Verhaltensmuster, zur Konkretisierung von Treu und Glauben im Wettbewerb beigezogen werden sollen, wurde in der Literatur intensiv diskutiert<sup>193</sup>.

Nach der hier vertretenen Meinung ist eine unkritische Bezugnahme auf die Geschäftsmoral im Lauterkeitsrecht aus folgenden Gründen abzulehnen: Sowohl die von einzelnen Gruppen von Marktakteuren vertretenen geschäftsmoralischen Auffassungen als auch die diesbezüglichen Regeln, die sich in der Gerichtspraxis niederschlagen, lassen eine Orientierung an einer kohärenten Wert- und Zweckordnung vermissen. Und die Geschäftsmoral ist konservativ und lückenhaft: Bei neuen Marktsituationen, veränderten Wertvorstellungen oder bisher unerkannten Wirkungszusammenhängen bietet sie dem Rechtsanwendenden keine Hilfe. Und ver-

191 Interne Differenzierung durch das "Entdeckungsverfahren Richterrecht" (Hoppmann, Fusionskontrolle, 1972, S.79). Vgl. Hart/Joerges, Verbraucherrecht, S.161; Möschel, Pressekonzentration, S.45f.

192 Grundlegend Germann, Rechtsfindung, S.64.

193 Statt vieler: Meyer-Cording, Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts, spez.S.273; Ott, Systemwandel im Wettbewerbsrecht, S.463ff.; Raiser, Marktbezogene Unlauterkeit, S.443ff.; Schluep, Vom lautereren ..., S.65; Schricker, Gesetzesverletzung, S.190ff., 217ff.; Teubner, Generalklausel, S.32.

schiedene Interessengruppen berufen sich auf teilweise sehr unterschiedliche Ansichten über das richtige Verhalten im Wettbewerb, um ihre partikulären Interessen durchzusetzen<sup>194</sup>.

### III. Leistungsprinzip

Verschiedene Autoren bezeichnen das Leistungsprinzip als Massstab, der "dem Richter [bei der Konkretisierung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel] eine gewisse Hilfe bieten wird"<sup>195</sup>. Aber es ist nicht einsehbar, welcher Art diese Hilfe sein soll: Dieser Begriff beinhaltet als "heuristisches Hilfsmittel"<sup>196</sup> selbst eine proteusartige Merkmalsvielfalt, wobei er sich bezüglich seines Aussagegehalts bald zur Leerformel<sup>197</sup>, bald zum Verweisungsbegriff<sup>198</sup> verflüchtigt. Als eigenwertiges Konkretisierungskriterium ist er demnach unbrauchbar.

### IV. Bezug auf die Wirtschaftsverfassung

#### 1. Systematische Stellung des Lauterkeitsrechts

Die Konkretisierung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel hat (auch) durch Bezugnahme auf die Wertmassstäbe der geltenden Wirtschaftsverfassung (im materiellen Sinn) zu erfolgen<sup>199</sup>.

194 Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, S.5ff.

195 So Helmut Arndt, Leistungswettbewerb als Voraussetzung der Marktwirtschaft, WuR 34 (1982), S.101-116; von Büren, Kommentar, Allg. N 24, S.13; Germann, Rechtsfindung, S.63f.; ders., Zum Leistungsprinzip im Wettbewerbsrecht nach der Judikatur unsere Bundesgerichts, WuR 20 (1968), S.143-165; Martin-Achard, Notion, S.45; Troller, IGR II, S.912, jeweils m.w.H.

196 So Germann, Rechtsfindung, S.64; ders. Concurrence déloyale, S.247ff.

197 So Baudenbacher, Revision, S.163; ders., Suggestivwerbung, S.153ff.; ders.; Funktionale Anwendung, S.155; Hoppmann, Behinderungsmissbrauch, S.37; Knoepfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb", S.57ff.; Schluep, Kritik, S.249f.; BGE 107 II 283; anders, Troller, IGR II, S.912ff; ders., Leistungsschutz, S.96.

198 Hoppmann, Behinderungsmissbrauch, S.52: "Leistungsfremdheit ist lediglich ein Reflex der Behinderung". Schluep, Wettbewerbsverfälschung, S.516f.: Leistung als makroökonomischer, funktional bestimmter Begriff. Zur Kritik an der Kritik am Konzept des Nichtleistungswettbewerbs Ulmer, Kartellrechtswidrige Konkurrentenbehinderung durch leistungsfremdes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, S.575ff.

199 Dazu Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.132ff., ders., AGB, S.81ff.; Schluep, Wirtschaftsrecht, S.15ff.; ders., Wettbewerbsverfassung und Unternehmensverfassung, S.611; Hart/Joerges, Verbraucherpolitik, S.94ff.



## 2. Wirtschaftsverfassung

### a) Koordinationsmechanismen

Die Mechanismen zur Koordination der wirtschaftlichen Individualentscheidungen sind Wettbewerb, kollektive Absprache und staatlicher Plan<sup>200</sup>. Die schweizerische Wirtschaftsverfassung<sup>201</sup> wird formal als ein gemischtes System<sup>202</sup> charakterisiert, das keinen dieser Koordinationsmechanismen ausschliesst. Unbestritten ist weiter, dass das wirtschaftliche Handeln im wesentlichen durch dezentrale Entscheidungen privater Wirtschaftssubjekte koordiniert werden soll. Damit ist aber noch nicht gesagt, auf welche Werte und Ziele<sup>203</sup> hin es rechtlich geordnet werden soll.

### b) Ordnungspolitische Grundsatzentscheide

In der praktischen Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftspolitik wird die ordnungspolitische Grundentscheidung durch Zielvorgaben konkretisiert, welche das "magische Viereck"<sup>204</sup> bilden:

|                                 |                                      |
|---------------------------------|--------------------------------------|
| Währungsstabilität              | aussenwirtschaftliches Gleichgewicht |
| konjunkturpolitische Stabilität | Wachstums- und Verteilungspolitik    |

200 Diese Einteilung wurde eingeführt durch Schluep, Wirtschaftsrecht, S.10f. Vgl. Drolshammer, S.52 FN 138 m.w.H.; Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.28, 82;

201 Wirtschaftsverfassung als Ordnung der Wirtschaft durch geschriebene oder ungeschriebene Grundsätze, Ziel- oder Kompetenzbestimmungen von Verfassungsrang (Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.102); als "*kohärente Grundordnung der Wirtschaft*" (Schluep, Wettbewerbsverfassung und Unternehmensverfassung, S.610, auch S.613f. m.w.H.); als "Gesamtordnung der Wirtschaftsgemeinschaft", so Ballerstedt, Wirtschaftsverfassung, S.29; ähnlich Merz, Kartellrecht, S.229; ders., Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit, S.229; zur Bestimmung der (impliziten) Wirtschaftsverfassung aus dem Gesamtbestand der Rechtsnormen Schluep, Wirtschaftsrecht, S.12 FN 31, S.35.

Zur Wirtschaftsverfassung allgemein Gygi, a.a.O.; ders., Wirtschaftsverfassungsrecht; ders., Wirtschaftspolitik; ders., Verfassungsrechtliche Richtpunkte; Baudenbacher, AGB, S.90.

Zur deutschen Diskussion um die Wirtschaftsverfassung statt vieler Baudenbacher, AGB, S.88f.; Mestmäcker, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung; ders., Wirtschaft und Verfassung, jeweils m.w.H.

202 Homburger, S.54; Schluep, Wirtschaftsrecht, S.17.

203 Die erst den "wirtschaftsverfassungsrechtlichen Sinnzusammenhang" (Schluep, Wettbewerbsverfassung und Unternehmensverfassung, S.610) herstellen und das Wettbewerbssystem (§ 9) zu einem rechtlich relevanten Wert machen. Vgl. Schluep, Wettbewerbsverfälschung, S.517.

204 Oder "Vieleck". Dazu grundlegend Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.35, 81ff., 89f.,



Die dezentralen Entscheidungen der privaten Wirtschaftssubjekte betreffen primär die Ziele und Werte der **Wachstums- und Verteilungspolitik**.

Gygi spricht von einem "materiellen ordnungspolitischen Grundentscheid, wonach die schweizerische Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung eine marktorientierte und sozialverpflichtete sein soll"<sup>205</sup>. Das Verhältnis des Staates zur Wirtschaft, d.h. die ordnenden Eingriffe und die ordnungspolitische Abstinenz muss sich an diesen Grundentscheiden ausrichten. Da ein formeller Grundsatzentscheid, etwa in der Form einer Zielvorgabe im geschriebenen Verfassungsrecht, fehlt, kann es sich nur um einen Grundentscheid handeln, der auf einem politisch und kulturell eingespielten, kompromisshaften Wertstandard beruht, der von den allen Beteiligten akzeptiert werden kann (Verfassung im materiellen Sinn).

Kompromiss meint hier weder vorbehaltlose Uebereinstimmung noch Einigung auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner, sondern Uebereinkunft im Grundsätzlichen (nämlich der Bejahung der Wettbewerbsordnung) bei beibehaltener konstruktiver Wert- und Zielppluralität<sup>206</sup>.

### c) Wettbewerbsordnung

Der Wettbewerb leistet den entscheidenden Beitrag zur Förderung der Produktivität, Lösung des (Primär-)Verteilungsproblems und Hebung des Volkswohlstandes. Gleichzeitig ist er auch auf meta-ökonomische Ziele wie Garantie der Freiheit und Kontrolle der wirtschaftlichen Macht<sup>207</sup> ausgerichtet<sup>208</sup>. Dieses positive Werturteil über den Wettbewerb ist das Ergebnis einer Wert-Diskussion, die im Bereich der Wirtschaftswissenschaft, der Wirtschaftspolitik und des Wirtschaftsverfassungsrechts geführt wurde<sup>209</sup>. Es gilt jedenfalls in den Bereichen, in denen kein staatlich angeordnetes kollektives oder planwirtschaftliches Korrektiv Platz greift.

205 Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.107; Botschaft 1981, S.18; Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1984, S.44; a.M. Homburger, Interessenabwägung, S.54f.

206 Zum Kompromisscharakter der wirtschaftspolitischen Entscheidungen Brem, S.98; Maasch, S.362, 364; Wohlmann, Zur funktionalen Auslegung, S.469ff.

207 "Die Koordination [betrifft] nicht nur die Gütermenge, sondern zugleich übergeordnete Ziele, wie Freiheit, Sicherheit, vor allem aber Gerechtigkeit". (Schluep, Wirtschaftsrecht, S. 19). "Erstes Grundprinzip einer Wettbewerbsordnung ist ... *Freiheit*" als "allgemeines Rechtsprinzip" ... , "zweites Grundprinzip ... ist ... die *Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen*" als "tragendes besonderes Prinzip des Wettbewerbsrechts". (Schluep, Wettbewerbsverfassung und Unternehmensverfassung, S.517f.).

208 Die Ziel- und Wertpalette erweitern Usteri und andere durch ein Bekenntnis zum gemeinschaftsbezogenen Solidaritätsgedanken (Usteri, Das Verhältnis von Staat und Recht, spez. S.4f.).

209 Es handelt sich beinahe um einen "in herrschaftsfreier Kommunikation erzielten Konsensus" (Jürgen Habermas, Erkenntnis und Interesse, Frankfurt a.M. 1968, S. 344; ders., Theorie des kommunikativen Handelns, Bd.1, spez. S.25ff.). Vgl. Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.67, 104f.; Schluep, Wettbewerbsverfassung und Unternehmensverfassung, S.614; ders., Wettbewerbsverfälschung, S.517; ders., Wettbewerbspolitik, S.124ff. Vgl. auch Assmann, Steuerung, S.239ff.

Bezüglich der übrigen Bereiche des wirtschaftlichen Handelns wird der Wettbewerb dadurch zu einem Wert Gesichtspunkt der Wirtschaftsverfassung.

### 3. Wirtschaftsrechtliche Ordnung

#### a) Wirtschaftsverfassungsrechtliche Ordnung

Aus dem Zusammenspiel zwischen den Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung<sup>210</sup>, den übrigen relevanten Grundrechten<sup>211</sup> und den wettbewerbsordnenden Gesetzen<sup>212</sup> ergibt sich die prinzipielle Freiheits- und Wettbewerbsverpflichtung der schweizerischen Wirtschaftsordnung.

Die schweizerische Wirtschaftsverfassung verbietet eine verbindliche Funktionalisierung des individuellen, freiheitlichen Handelns in bezug auf gesamtgesellschaftliche Werte. Gleichzeitig gebietet sie aber eine rechtliche Ordnung des Handelns der Individuen zum Schutz anderer Bürger und zum Schutz der öffentlichen Ordnung als Polizeigut. Und zur schweizerischen öffentlichen Ordnung gehört - wie oben ausgeführt - auch der Wettbewerb als Ordnungszusammenhang<sup>213</sup>. Daraus folgt, dass sich die Wirtschaftssubjekte nicht um die Wette bewerben müssen (kein Wettbewerbszwang), dass sie aber den Wettbewerb auch nicht durch unlautere und freiheitsbehindernde Machenschaften verletzen dürfen. Das privatwirtschaftliche System würde sich die eigene Legitimationsbasis entziehen, wenn die Wirtschaftsakteure einen Mechanismus zur Koordination ihrer privaten, dezentral getroffenen wirtschaftlichen Entscheidungen wählen könnten, welcher diese Ziele konterkariert<sup>214</sup>.

#### b) Allgemeines Wirtschaftsrecht

Der durch die Wirtschaftsverfassung konstituierten Wirtschaftsordnung entspricht es, dass in den wirtschaftlichen Bereichen, in denen weder der planende Staat noch private Verbände in staatlich anerkannter Weise organisierend eingreifen, die Koordination der wirtschaftlichen Individualentscheide durch dezentrale Entscheidungen zu erfolgen hat. In diesem Bereich hat das Privatrecht die individuellen Frei-

---

210 Der Wirtschaftsverfassung im formellen Sinn.

211 Z.B. der persönlichen Freiheit.

212 KG, MSchG, UWG, PüG.

213 Schluep, Vom lautereren ....., S.73.

214 So Gygi, Verfassungsrechtliche Richtpunkte, S.337. Daraus ergibt sich die "denknotwendige Begrenzung" der Freiheit zur Machtausübung. Vgl. Homburger, S.35f., 55ff.

heiten<sup>215</sup> "des *Seins, Tuns und Habens* der Person"<sup>216</sup> anzuerkennen und gegenüber den Freiheitsbereichen anderer privater Wirtschaftssubjekte abzugrenzen. Dies hat im Lichte der übergeordneten Grundentscheide der Wirtschaftsverfassung zu geschehen.

Weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass Wettbewerbsakteure Handlungen (erfolgreich) vornehmen, welche der Orientierung auf diese Ziele zuwiderlaufen, ist eine rechtliche Ordnung des privaten Wirtschaftens notwendig und verfassungsrechtlich geboten<sup>217</sup>. Dieser Aufgabe dient das Wirtschaftsrecht als Inbegriff der für das Wirtschaften relevanten rechtlichen Vorschriften<sup>218</sup>.

Die Intensität, Qualität und Form der Fremdstabilisierung durch rechtliche Eingriffe wird bestimmt durch einen (zweiten)<sup>219</sup> wirtschaftspolitischen Entscheid, der sich im normativen Gehalt der Wirtschaftsverfassung im formellen Sinn und den geltenden einschlägigen Gesetzen konkretisiert.

### c) Wettbewerbsrechtliche Ordnung

Die Ordnung und Erhaltung des wettbewerbslichen Koordinationsmechanismus im speziellen erfolgt durch das Wettbewerbsrecht, das Kartell- und Lauterkeitsrecht<sup>220</sup>. Der normativ-operationaler Gehalt dieser Gesetze ist unter Rückgriff auf die "altehrwürdigen Auslegungskanones"<sup>221</sup> aus diesen selbst zu ermitteln. Wie wir oben für das UWG gesehen haben, erlaubt dies allerdings noch keine direkte Subsumtion einzelner Sachverhalte unter die Normen dieser Gesetze, weil zu viele Entscheidvarianten möglich bleiben. Die dazu notwendige Konkretisierung wird erst durch Bezugnahme auf ein übergeordnetes Wertsystem möglich. Von den aufgrund einer traditionellen Auslegung der Normen möglichen Entscheidvarianten ist

215 Grundlegend Burckhardt, *Methode und System des Rechts*, S.188f.; Schluep, *Nachfragemacht*, S.566.

216 Schluep, *Wirtschaftsverfassung und Unternehmensverfassung*, S.611.

217 Gygi, *Verfassungsrechtliche Richtpunkte*, S.333. Dies, weil " ... so verstandenem Wettbewerb ... ein *rechtlich schützenswerter* gesamtgesellschaftlicher *Wert* zukommt." (Schluep, *Wettbewerbsverfälschung*, S.517).

218 Dazu grundlegend Schluep, *Wirtschaftsrecht*, spez. S.11: "Inhalt des Wirtschaftsrechts ist ... die Verrechtlichung des Koordinationssystems durch Normierung des politischen Grundentscheids. Der Koordinationstyp wird zur Geltung erhoben." Vgl. auch Assmann, *Steuerung*, S.229ff, 253; Baudenbacher, *AGB*, S.78ff.; Brüggemeier, *Wirtschaftsrecht spez.* S.39: "Wirtschaftsrecht ist der ständige Versuch der Domestizierung naturwüchsiger Macht mit bürger[lich]rechtlichen Mitteln." Ferner Walther Hug, *Die Problematik des Wirtschaftsrechts*, Rektoratsrede, in: *Beiträge zum Wirtschaftsrecht*, S.28-51 (spez.S.34f.); Meier, *Ueber Entwicklung, Begriff und Aufgabe des Wirtschaftsrechts*; Raiser, *Der Gegenstand des Wirtschaftsrechts*, jeweils m.w.H.

219 Der auf dem (ersten) Grundentscheid zugunsten des Wettbewerbs als Koordinationsmechanismus beruht. S.o. 1.

220 Unter Einschluss von PüG und MSchG.

221 Maasch, S.359.

diejenige vorzuziehen, welche am ehesten das Erreichen und Verwirklichen der wettbewerblichen Ziele und Werte ermöglicht<sup>222</sup>.

## V. Funktionale Methode und Folgenorientierung

### 1. Berücksichtigung der Entscheidfolgen

Die funktionale Methode verlangt eine bewusste Folgenorientierung<sup>223</sup>, d.h. der Rechtsanwendende muss verschiedene Entscheidalternativen durchspielen und sich dabei die zu erwartenden Entscheidfolgen vergegenwärtigen<sup>224</sup>.

Die funktionale Bewertung der Entscheidfolgen soll die Eignung der zu beurteilenden Handlung, dysfunktionale Folgen hervorzubringen, ihren wettbewerblich relevanten Unrechtsgehalt, erkennbar machen<sup>225</sup>. Sie stellt durch die Ausrichtung auf die konstanten Wettbewerbszwecke einen Bezug zwischen den einzelnen Entscheidungen und Fallgruppen her und erhöht die rationale Ueberprüfbarkeit der Entscheide<sup>226</sup>.

222 Zur funktionalen Auslegung der UWG-Generalklausel statt vieler Schluep, Wettbewerbsverfassung und Unternehmensverfassung, S.611; ders., Wirtschaftsrecht, S.33; ders., Allgemeines Wirtschaftsrecht, S.134ff.; Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.134ff.; ders., Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art.1 des schweizerischen UWG, S.145ff.; Wolfgang Hefermehl, Entwicklungen im Recht gegen unlauteren Wettbewerb, FS Robert Fischer, Berlin/New York 1979; Alfons Kraft, Die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer und gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG, FS Horst Bartholomeyczik, Berlin 1973; Michael Lehmann, Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG, MitarbeiterFS Eugen Ulmer, Köln 1973, S.321-331; Ott, Sytemwandel im Wettbewerbsrecht, S.418.

223 Während die klassische Methodenlehre die Mitberücksichtigung der Folgen eines Entscheids, soweit sie über die konkrete Entscheidungssituation hinausreichen, ablehnt ("oder dürfen nur wiederum nach rechtlichen Massstäben bewertet werden", Larenz, S.222), fordert die neuere Rechtslehre eine bewusste Folgenorientierung. So Baudenbacher, AGB, S.108 m.w.H.; ausführlich Thomas Sambuc, Folgenerwägungen im Richterrecht, Schriften zum Wirtschaftsrecht Bd.25, Berlin 1977; Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S.21.

224 Dazu Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S.21, m.w.H.

225 "Der Wettbewerbsverstoss ist Gefährungsdelikt" (von Büren, Allg. N 72; ebenso Heyden, Warrentest, S.4). Er ist vergleichbar mit den konkreten Gefährungsdelikten des Strafrechts; dazu Ballerstadt, Handlungsunwert und Erfolgsunwert, S.181; zum strafrechtlichen Begriff Noll, Strafrecht Allgemeiner Teil, S.59.

Die funktionale Bewertung will nicht "das Entdeckungsverfahren Wettbewerb" simulieren. So Hart/Joerges, Verbraucherrecht, S.205.

226 Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.45f.



## 2. **Entscheidfolgen bei der Beurteilung des zweigleisigen Vertriebs**

Der Rechtsanwendende hat bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung des zweigleisigen Vertriebs zwei Entscheidungsalternativen<sup>227</sup>: Entweder er erklärt den zweigleisigen Vertrieb für lauter oder verbietet ihn als unlauter<sup>228</sup>.

Die Entscheidung, ob ein zweigleisiger Vertrieb lauter oder unlauter sei, hat in zwei Schritten zu erfolgen:

Zuerst müssen die Entscheidvarianten ("Verbieten"/"Erlauben") in ihre Konsequenzen durchgespielt werden. D.h. es sind die zu erwartenden Positionierungen der Produktvarianten und die Konsequenzen des Entscheids auf Marktstruktur und Marktverhalten (Wettbewerbsintensität/Evolution etc.) und auf die zu erwartenden Marktergebnisse zu bestimmen.

In einem nächsten Schritt müssen die Entscheidfolgen, d.h. die alternativen Marktstrukturen und Marktverhaltensformen funktional - in bezug auf ihren Beitrag zum Erreichen resp. Verwirklichen der massgeblichen Wettbewerbsziele und -werte - verglichen werden. Schneidet in diesem Vergleich eine Entscheidungsalternative deutlich besser ab als die andere, ist diese funktional positiv zu bewerten. Ist kein deutlicher Unterschied auszumachen, so erreicht die Dysfunktionalität der zu beurteilende Handlung nicht die Intensität, die eine eigentliche Verfälschung und Störung der Selbststabilisierung des Wettbewerbs ausmacht<sup>229</sup>. In diesem Fall darf der zweigleisige Vertrieb nicht verboten werden.

## VI. **Bezug auf ökonomische Theorien**

### 1. **Oekonomische Theorien als Erfahrungssätze**

Der Richter benötigt, um den zweigleisigen Vertrieb funktional beurteilen zu können, entsprechende Kenntnisse des Wettbewerbs<sup>230</sup> als wirtschaftlichen Koordina-

<sup>227</sup> Dazu allgemein Jürgen Rüdig, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin/Heidelberg/New York 1978.

<sup>228</sup> Eine dritte Alternative besteht darin, einen erklärenden Zusatz zu verlangen, der auf die Identität des Basisprodukts bei den Varianten hinweist. Dazu § 12 E II.

<sup>229</sup> Dies ist auch dann der Fall, wenn der Wettbewerb die dysfunktionalen Folgen einer Handlungen selbst ausschaltet.

<sup>230</sup> S.o § IV.1.a). Es sollen die Lernmöglichkeiten und Möglichkeiten zur analogen Verwendung von ökonomischen Erkenntnissen zu rechtlichen Zwecken ausgeschöpft werden. Dazu Teubner, Generalklausel, S.27. Zum Gegensatz zwischen "wissenschaftlich-philosophischer Rationalität" und der "Rationalität" der juristisch-institutionellen Praxis des Rechts" Krawietz, S.712f. m.w.H.



tionsmechanismus. Dabei können wirtschaftswissenschaftliche Theorien als Erfahrungssätze verwendet werden, um in einer bestimmten wirtschaftlichen Situation<sup>231</sup> die Folgen prognostizieren zu können, die aufgrund bestimmter Wettbewerbshandlungen oder richterlicher Entscheidungen eintreten werden. Das Ziel besteht aber im Erkennen einer prozessual, nicht philosophisch-theoretisch vertretbaren Wahrheit<sup>232</sup>.

## 2. Bewertung nach ökonomischen Zielen

Gleichzeitig berücksichtigt der Rechtsanwendende auch wirtschaftswissenschaftliche Vorstellungen über den "richtigen" Wettbewerb und die vom Wettbewerb erwarteten Ergebnisse. Dies erfolgt im Rahmen der Auswertung der Bezüge innerhalb des inneren Systems, in dem die lauterkeitsrechtliche Generalklausel steht.

## 3. Transformation der ökonomischen Theorien

Die Transposition wirtschaftswissenschaftlicher Theorien ins Recht führt zu einer **prinzipiellen und funktionellen Transformation**<sup>233</sup>. Die Theorien werden von der Basis der wissenschaftlich-philosophischen Rationalität der Oekonomie auf diejenige einer juristisch-normativen Rationalität<sup>234</sup> gestellt. Der "fehlende empirische Gehalt ökonomischer Theorien"<sup>235</sup> und die Tatsache, dass sie möglicherweise Gegenstand eines ökonomischer Begriffs- und Theorienstreits<sup>236</sup> sind, stehen einer Uebernahme solcher Theorien ins Recht prinzipiell nicht entgegen. Denn die Uebernahme ins Recht muss in jedem Fall speziell begründet werden.

Durch die Berücksichtigung der unterschiedlichen Realitätsprinzipien von Oekonomie und Recht unterscheidet sich die funktionale Methode von der unmittelbaren Uebernahme ausserrechtlicher (ökonomischer) Modelle als normativer Begriffe im

231 Deren tatbeständliche Elemente von den Parteien zu beweisen sind.

232 Dazu Baudenbacher, AGB, S.97ff. m.w.H.; Teubner, S.27.

233 Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S.41f.

234 Zu den unterschiedlichen Rationalitätsprinzipien vgl. Krawietz, Ansätze, S.712f.

235 Damit befassen sich Schluep, Allgemeines Wirtschaftsrecht, S.101 m.w.H. auf Popper, Albert und Kuhn, und Baudenbacher, AGB, S.92, 115ff., 123ff., 151; ders., Machtbedingte Wettbewerbsstörungen, S. 27f. Vgl. auch Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik, S.54ff.; Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, S.95f.

236 Zur Konkurrenz von Theorien Popper, Logik der Forschung, S.226, 330f.

237 Dies würde "einen wissenschaftlich unzulässigen Taufakt darstellen" (Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S.13). Dazu auch Assmann, Steuerung, S.310, 316ff.; ders., Transformationsprobleme, S.53; Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.45 (vgl. aber 67), 83; ders., Verfassungsrechtliche

Recht<sup>237</sup>, welche u.a. die Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts<sup>238</sup> vornehmen.

#### 4. Ziel der Uebernahme ökonomischer Begriffe und Theorien

Das Ziel der Uebernahme ökonomischer Theorien und Begriffe ins Recht besteht darin, die Rationalität, Offenlegung der Wertungen und Ueberprüfbarkeit lauterkeitsrechtlicher Beurteilung durch die Orientierung und Auseinandersetzung mit ökonomischen Theorien zu erhöhen<sup>239</sup>. Deshalb hat der Rechtsanwendende, der ökonomische Begriffe und Theorien zur Begründung seines juristischen Urteils verwendet, offenzulegen und zu begründen, worin dies zur Erreichung des genannten Ziels beiträgt.

### VII. Machtbezogenheit als Konkretisierungskriterium?

#### 1. Wirtschaftspolitische Neutralität des Lauterkeitsrechts

Nach der heute h.M. bedeutet wirtschaftspolitische Neutralität des UWG<sup>240</sup>, dass

Richtpunkte S.341.; Homburger, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung S.48f.; Immenga/Mestmäcker, Einl. RN 29. Maasch, S.357f., 363; Mylaeus, S.72; Schluep, Wirtschaftsrecht, S.12 bei FN 32; Teubner, Generalklausel, S.27.

Dadurch wird den Bedenken von Troller (Besprechung Baudenbacher, Suggestivwerbung, SJZ 1979, S.383f.; IGR II, S.947) gegen die Uebernahme ausserrechtlicher Theorien ins Recht Rechnung getragen. Vgl. Mestmäcker, Macht - Recht - Wirtschaftsverfassung, passim, vor allem S.20. Anders Posner, Economic Analysis of Law, S.189: *"It may be possible to deduce the basic formal characteristics of law itself from economic theory."*

238 Als Standardwerk: Richard A. Posner, Economic Analysis of Law; dazu Beat Hotz, Oekonomische Analyse des Rechts - eine skeptische Betrachtung, WuR 34 (1982) H.4, S.293-314; Christian Kirchner, Oekonomische Analyse des Rechts, Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Oekonomie und Rechtswissenschaft, in: Assmann/Kirchner/Schanze, Oekonomische Analyse des Rechts, S.75-91, ein Materialienband mit grundlegenden Texten zur Oekonomischen Analyse des Rechts in deutscher Uebersetzung; Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S.227ff.; Rolf H.Weber, Oekonomische Rationalität und Vertragsrecht, Bemerkungen zu den Theorieansätzen der "Oekonomischen Analyse des Rechts", in: Freiheit und Verantwortung im Recht, FS zum 60.Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982.

239 So Baudenbacher, AGB, S.133; ders., Funktionale Anwendung, S. 150; ders., AGB, S.109. Dadurch wird "die praktische Einsicht" des Richters in das Wettbewerbsgeschehen zu einer "Quelle seiner Erkenntnis". Vgl. Von Büren, Kommentar, Allg. RN 13; Deschenaux, S.109 mit FN 11; vgl. auch Kummer, Anwendungsbereich, und Schutzgut, S. 112f. Mit den "Einflussfaktoren der Real-faktoren" ins Recht befasst sich Schluep, Die Entwicklung zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft und der Entwicklung des Rechts.

240 Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. RN 73; Baudenbacher, Bemerkungen (zu BGE 107 II 277ff.), S.174-176 (174); Möschel, Pressekonzentration, S.147ff.; Pause, S.115; Koenigs, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, S.590; ders. Wechselwirkungen, S. 1042; Sigmar-Jürgen Samwer, Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht, GRUR 1969, S.326-331 (326); Wrage, S.14 FN 7; a.M. Kummer, Anwendungsbereich und

die UWG-Generalklausel die Ordnungsvorstellungen jedes Wirtschaftssystems aufnehmen kann<sup>241</sup>. Für den konkreten lauterkeitsrechtlichen Entscheid sind aber die akzeptierten Wettbewerbsziele als Wertmassstäbe der z.Z. geltenden Wirtschaftsverfassung zu berücksichtigen<sup>242</sup>.

## 2. Macht als Grundlage für unlauteres Handeln

Obwohl das KG das Gesetz zur Domestizierung der ökonomischen Macht schlechthin ist, darf die konkrete Wettbewerbssituation der Beteiligten, insbesondere deren Marktstellung, bei einer lauterkeitsrechtlichen Beurteilung nicht ausser Acht gelassen werden<sup>243</sup>. Denn gewisse Wettbewerbshandlungen, z.B. auch ein dysfunktionaler zweigleisiger Vertrieb, können nur von einem Unternehmen durchgeführt werden, das über eine bestimmte Marktstellung<sup>244</sup> verfügt. Die Machtbegründetheit derartiger Handlungen schliesst nicht aus, dass sie lauterkeitsrechtlich überprüft werden können<sup>245</sup>, bewirkt aber nicht an sich, dass sie funktional negativ bewertet werden. Dies ist dann der Fall, wenn sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind oder in einer gesamtwettbewerblichen funktionalen Beurteilung positiv bewertet werden<sup>246</sup>.

---

Schutzgut, S.119f.

241 Schluep, Vom lauteren ... , S.80; Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. RN 104; Ulmer, Leistungswettbewerb, S.568.

242 Dazu Ulmer, Leistungswettbewerb, S.565ff, Tilmann, Verhältnis, S.825ff.; Raiser, Marktbezogene Unlauterkeit, S.443ff.

243 Baudenbacher, Bemerkungen (zu BGE 107 II 277ff.), S.174; von Büren, Aktuelle Fragen aus Wettbewerbs- und Markenrecht, S.146, (mit anderer Begründung) Robert Briner-Eidenbenz, Bemerkungen zur Besprechung durch Dr.Carl Baudenbacher, Zollikerberg, in Nr.4/1982 (S.174ff.) der SAG, SAG 55 (1983) S.30-32; Schluep, Lockvogelpreis und Lockvogelmarken, S.83; grundsätzlich ebenso BGE 107 II 281f.

Das Gegenteil kann nicht aus der lex specialis-Rolle des KG gefolgert werden. Es ist (beinahe) unbestritten, dass die wirtschaftlichen Machtverhältnisse jedenfalls dann nicht unberücksichtigt bleiben können, wenn es um die lauterkeitsrechtliche Beurteilung einer Preisdiskriminierung oder eines Boykotts geht. A.M. Fikentscher, Wirtschaftsrecht II, S.200.

244 Nicht aber unbedingt Marktmacht i.S.des KG. Dazu Baudenbacher, AGB, S.118ff.; ders., Machtbedingte Wettbewerbsstörungen als Unlauterkeitstatbestände, S.19ff.; ders., Funktionale Anwendung, S.159; ders., Bemerkungen (zu BGE 107 II 277ff.), S.174f.

245 Dazu statt vieler Baudenbacher, Machtbedingte Wettbewerbsstörungen als Unlauterkeitstatbestände, GRUR 1981, S.19-29; ders., Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, ZbJV 119 (1983), S.161-187; Otto-Friedrich v.Gamm, Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung, NJW 33 (1980), S.2489-2544; Thomas Sambuc, Monopolisierung als UWG-Tatbestand, GRUR 1981 S.796-803.

246 Zum identischen Problem bei der kartellrechtlichen Beurteilung macht begründeter Handlungen s. § 14 B.III.

## VIII. Praktikabilität der funktionalen Methode

Zum Recht<sup>247</sup> gehört auch die Rechtsanwendung durch den Richter<sup>248</sup>. Die funktionale Methode muss deshalb im Prozess praktikabel sein.

In einem Prozess, in dem ein zweigleisiger Vertrieb zu beurteilen ist, kann sich die Feststellung des relevanten Sachverhaltes nicht auf das Dingfest-Machen dieses Vertriebssystems beschränken. Sie verlangt vielmehr eine Erkundung der wirtschaftlichen Gesamtsituation und der übergreifenden Absatzstrategie, in welcher der zweigleisige Vertrieb eingebunden ist. Dazu kommt, dass aufgrund der evolutiven, zieloffenen Natur des Wettbewerbs keine der ökonomischen Wettbewerbstheorien dem Richter Kausalsätze mit universellem Charakter, nicht einmal statistische Gesetzmässigkeiten<sup>249</sup>, zur Verfügung stellt, die es ihm erlauben, den zweigleisigen Vertrieb eindeutig zu beurteilen. Durch die Verwendung der funktionalen Methode erweitert sich also das Spektrum der zu berücksichtigenden Sachverhaltselemente und Bewertungsgesichtspunkte.

Dies darf allerdings nicht dazu führen, dass ein bestimmtes prozessuales Aufwand- und Zeitlimit überschritten wird. Eine zu perfektionistische Tatsachen- und Theorieabklärung birgt die Gefahr, dass sich während des Prozesses die Wettbewerbssituation grundlegend verändert oder dass die Erwartung eines langen und kostspieligen Verfahrens allfällige Kläger (noch stärker) vor wettbewerblichen Prozessen zurückschrecken lässt<sup>250</sup>.

Diese Gefahr kann eingegrenzt werden, wenn hinreichend ausgearbeitete theoretische Handlungsanleitungen<sup>251</sup> bestehen, die auf den zu beurteilenden Fall angewendet werden können. Aufgabe der hier angestellten Untersuchung ist es, dem Rechtsanwendenden bezüglich des zweigleisigen Vertriebs praktikable Kriterien zu Verfügung zu stellen, die es ihm erlauben, diese Wettbewerbshandlung je nach Fallkonstellation rechtlich zu beurteilen.

247 Im Sinne des "law in action", verstanden als "juridisch-institutionelle Praxis des Rechts" (Krawietz, Ansätze, S.712).

248 Baudenbacher, AGB, S. 82, mit Hinweis auf Walther Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. A., Zürich 1948 (Neudruck 1971) S. 127.

249 Dazu Herberger/Simon, Wissenschaftstheorie, S.344ff. Zur Kombinationsmöglichkeit von relevanten Elementen Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik, S.56f.

250 Es handelt sich um eine "prozessuale Unbestimmtheitsrelation". Vgl. dazu im kartellrechtlichen Prozess Drolshammer, S.262ff.

251 Hart/Joerges, Verbraucherrecht, S.177; Struck, Interessenabwägung; Baudenbacher, funktionale Anwendung, S.151; ders., AGB, S.154ff., jeweils m.w.H.



## C Wertungsgesichtspunkte für die Konkretisierung

### I. Treu und Glauben im Wettbewerb

#### 1. Allgemeines

In seiner allgemeinsten Form besagt der Grundsatz von Treu und Glauben, die "berechtigten Erwartungen" der Beteiligten dürften gemäss der "*gegenseitigen Verbindung*" <sup>252</sup> nicht enttäuscht werden<sup>253</sup>.

#### 2. Prinzip der berechtigten Verlässlichkeit

Der Grundsatz von Treu und Glauben fordert von den Rechtssubjekten "eine gewisse Redlichkeit und Loyalität der Rechtsausübung"<sup>254</sup>, die auf das berechnete Vertrauen anderer Rechtssubjekte Rücksicht nimmt. Zeller nennt dies das "Gebot der berechtigten Verlässlichkeit"<sup>255</sup>. Um die spezifische Art dieser Verlässlichkeit im Wettbewerb, ihren Charakter und materialen Gehalt<sup>256</sup> bestimmen zu können, müssen wir davon ausgehen, dass jedes rechtlich relevante Handeln zwischen Menschen in einer bestimmten Verbundenheit abläuft<sup>257</sup>. Aus dieser Verbundenheit ergeben sich für jedes menschliche Handeln Begrenzungen. Sie variieren in Charakter und Intensität je nach der Art des Zusammenhangs, der zwischen den beteiligten Personen besteht<sup>258</sup>. Wer in dieser Verbundenheit handelt, kann sich über die damit verbundene Begrenzung zwar hinwegsetzen. Aber dies zieht je nach Art der Verbindung spezifische Folgen nach sich<sup>259</sup>.

Welches Mass an Vertrauen im konkreten Fall berechnete ist, kann nicht aus dem Begriff von Treu und Glauben hergeleitet werden, sondern wird bestimmt durch die Art der Sonderverbindung, die zwischen den Beteiligten besteht<sup>260</sup>.

<sup>252</sup> Walter R. Schlupe, Die wohlverordneten Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss St.Gallen, Zürich/St.Gallen 1955, S.311.

<sup>253</sup> Zeller, S. 158 m.w.H.

<sup>254</sup> Zeller, S.258.

<sup>255</sup> S.262. Dazu Troller, IGR II, S.920ff.; Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss Zürich 1948, S.89: "Nur das berechnete Vertrauen verdient Schutz".

<sup>256</sup> Baudenbacher, Bemerkungen (zu BGE 107 II 277ff.), S.174; vgl. ders., Suggestivwerbung, S.124ff.

<sup>257</sup> Zeller, S.228; Raiser, Rechtsschutz, S. 147.

<sup>258</sup> So Hueck, S.15; Henkel, S.10f.

<sup>259</sup> So Zeller, S.230f.

<sup>260</sup> Es handelt sich um eine formalistische Verweisung, ähnlich wie Kant's kategorischer Imperativ, nicht um eine Entscheidung der materialen Wertethik, d.h. eine sachliche Bestimmung des



### 3. Spezifisch wettbewerbliche Konkretisierung

Dem Richter wird durch die UWG-Generalklausel eine spezifisch wettbewerbliche Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben<sup>261</sup> aufgetragen.

## II. Unverfälschter Wettbewerb

### 1. Wettbewerbszusammenhang als rechtliche Sonderverbindung

Die direkte Beziehung zwischen einzelnen Personen (Konkurrenten, aktuellen und potentiellen Nachfragern) auf dem Markt ist interessenantagonistisch und häufig anonym. Nach der hier vertretenen Meinung begründet nicht diese direkte Beziehung, sondern der allgemeine Wettbewerbszusammenhang die Sonderverbindung zwischen den Marktakteuren.

### 2. Rechtlich relevante Sonderverbindung

Die Rechtsordnung steht dem wettbewerblichen Handeln nicht neutral gegenüber. Wettbewerb ist auch in der Schweiz kein Naturereignis<sup>262</sup>, sondern ein vom Recht zwar vorgefundenes, aber gewertetes und dieser Wertung entsprechend geordnetes Lebensverhältnis<sup>263</sup>, das die Sonderverbindung zwischen den Marktakteuren zu einer rechtlichen macht.

---

ethisch gebotenen Verhaltens. Dazu Meyer-Cording, S.275, und Hans Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, Sonderdruck, Göttingen 1953, S.33f., beide mit Hinweisen auf Max Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, Halle 1921, und Nikolai Hartmann, Ethik, 4.A., Berlin 1962.

261 Obwohl die Generalklausel von § 1 dt.UWG auf die guten Sitten als Massstab für die Lauterkeit im Wettbewerb verweist, darf dieser normative Unterschied gegenüber dem schweizerischen UWG vernachlässigt werden. Denn in beiden Rechtsordnungen handelt es sich um Generalklauseln, die zur Regelung derselben Problemzusammenhänge in einem ökonomisch und rechtlich ähnlichen verfassten Wettbewerbssystem konkretisiert werden müssen, so dass Methoden und Ergebnisse zumindest vergleichbar sind. Allgemein zur Unabhängigkeit der Ergebnisse der Lauterkeitsrechtsprechung von der konkreten Formulierung der Generalklausel Friedrich-Karl Beier, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd.I, Vergleichende Darstellung, hsg. von Eugen Ulmer, München/Köln 1965, S.41; Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.127f.; Troller, IGR II, 2.A., S.1049; ders., Leistungsschutz, S.95.

262 So für das deutsche Recht statt vieler Raiser, Rechtsschutz, S. 157. Für das schweizerische Recht grundlegend Gygi, Wirtschaftspolitik, S.79; Schluep, Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, S.82ff.

263 S.o. IV.1.

Der Wettbewerb begründet darum zwischen den Wettbewerbsakteuren eine rechtlich relevante und für die Konkretisierung der UWG-Generalklausel massgebliche Sonderverbindung<sup>264</sup>. Sie bildet Voraussetzung dafür, dass der Massstab von Treu und Glauben im Wettbewerbszusammenhang höhere und andere Anforderungen<sup>265</sup> stellt als der allgemein geltende Minimalstandard der guten Sitten<sup>266</sup>. Wer im Wettbewerb auftritt, aber den durch diesen konstituierten Handlungsrahmen nicht akzeptiert, begeht ein *venire contra factum proprium*.

### 3. Wettbewerbsverfälschendes Handeln als Unlauterkeit

Wie wir oben<sup>267</sup> gesehen haben, ist unverfälscht derjenige Wettbewerb, der geeignet ist, die von ihm erwarteten Werte zu verwirklichen und Ziele zu erreichen. In dieser Form ist er Schutzobjekt des UWG.

Im Rahmen des Wettbewerbs als Handlungssystem und wirtschaftlicher Koordinationsmechanismus kann jeder Marktakteur seine Ziele (Gewinnmaximierung, optimale Bedarfsdeckung etc.) verfolgen. Er hat aber den Einsatz seiner Mittel derart zu begrenzen, dass der Wettbewerb als selbststabilisierender, auf bestimmte Werte und Ziele ausgerichteter Koordinationsmechanismus nicht gestört wird. Die andern Marktteilnehmer dürfen sich darauf verlassen, dass er sich so verhält, dass der Wettbewerb nicht um seine gesamtwirtschaftlich und politisch erwünschten Ergebnisse gebracht wird. Diese berechnete Erwartung verletzt ein Marktakteur, wenn er wettbewerbsverfälschend handelt<sup>268</sup>.

Die im Grundsatz von Treu und Glauben enthaltene formalistische Verweisung wird also materialisiert<sup>269</sup> durch den funktionalen Bezug aller Wettbewerbshandlungen auf die wettbewerbslichen Ziele und Werte.

264 So Troller, IGR II, S.921f.; Martin-Achard, *Notion*, S.39; schon Germann, *Kommentar*, S.244f.; ders., *Bona Fides*, S.210; Drolshammer, S.53, m.w.H.; a.M. Baudenbacher, *Revision*, S.163; ders., *Suggestivwerbung*, S.125ff.; ebenso Pedretti, S.64 (vgl. aber S.66).

265 Berechtigtes Vertrauen, "das die Marktbürger in funktionsgerechte und unverfälschte Ausübung des Wettbewerbs haben dürfen" (Schluep, *Wettbewerbsverfälschung*, S.521 FN 103); ausführlich Baudenbacher, *Funktionale Anwendung*, S.152; Botschaft 1983, S.34f.; auch Kummer, *Anwendungsbereich und Schutzgut*, S.112.

266 Dazu Hueck, S.9ff.; Merz, N 34 zu Art.2 ZGB; a.M. Niederhauser, S.52f.

267 B IV., V. und VI.

268 So Botschaft 1983, S.29f., 34f.

269 Hart/Joerges, *Verbraucherrecht*, S.119; Baudenbacher, *Funktionale Anwendung*, S.154.

### III. Täuschungsverbot

#### 1. Täuschung als dysfunktionale Wettbewerbshandlung

Die Täuschung stellt einen Spezialfall der Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben dar. Der Nachfrager als Empfänger einer Information wird dann in einem wettbewerbsrelevanten Sinn getäuscht, wenn er aus der Information auf Vorteile des Angebots schliesst, welche dieses in Wirklichkeit nicht hat<sup>270</sup>, und deshalb einen Kauf tätigt, der seine Bedürfnisse schlechter befriedigt als derjenige, den er ohne Täuschung getätigt hätte. Die Täuschung wirkt sich im wettbewerblichen Austauschprozess als falsches Signal bezüglich der Knappheit<sup>271</sup> einer Leistung aus. Weil seine Präferenzen für diese Leistung steigen, ist der getäuschte Abnehmer bereit, dafür einen höheren Preis zu bezahlen, als wenn die Leistung täuschungsfrei angeboten würde. Dies führt zu einer verfälschten Güterzuteilung. Die Getäuschten erhalten infolge der Täuschung weniger und weniger befriedigende Güter für ihre Gegenleistung<sup>272</sup> als in einer täuschungsfreien Situation.

Es besteht kein allgemeines rechtliches Wahrheitsgebot. Hingegen ergibt sich die Pflicht, seine Leistung in unverfälschter Form anzubieten<sup>273</sup>, aus den Anforderungen des wettbewerblichen Koordinationszusammenhangs. Dieses funktional begründete Täuschungsverbot stellt die ökonomische Kehrseite des ethisch fundierten speziellen Wahrheitsgebots<sup>274</sup> dar.

#### 2. Täuschung als Verletzung eines moralischen Gebots

Mit der Funktionalisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben soll nicht einer allgemeinen Deethisierung und Entmoralisierung des Lauterkeitsrechts das Wort geredet werden. Steindorff<sup>275</sup> unterscheidet bei den Regeln zur Konkretisierung von § 1 dt.UWG "zwei Gruppen oder Seiten: einmal 'funktionelle Normen' ...;

270 Baumbach/Hefermehl, UWG, § 3 RN 51f.

271 Zum Wesen der Knappheit als eines generellen Bearbeitungsschemas von Inkonsistenzen von Möglichkeiten, nicht als einer Eigenschaft der Natur Luhmann, Zweckbegriff, S.131; zum Preis als Knappheitsäquivalent Lehmann, Einstandspreis II, S.315.

272 Suboptimale Allokation, dazu Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. RN 110f. Ausführlich dazu § 12 C III.

273 Troller, IGR II, S.913.

274 Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. RN 110, § 1 RN 5; Kraft, Interessenabwägung, S.253; Troller, Rechtsschutz, S.3f.; kritisch Hartmann, Verhältnis, S.45f.; Rechtsschutz, S.78; Matter, Kommentar, S.76f.

275 Ernst Steindorff, Direktverkauf und Preisempfehlung, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, JZ 1959, S.197-202 (1999); vgl. auch Germann, Ueberwindung, S.127.

zum andern 'substantielle' Normen mit einem vielfach 'irrationalen', d.h. nicht an den Zwecken der Sozialordnung ausgerichteten, sondern wirtschaftspolitisch neutralen Gehalt", die nebeneinander gelten. Der Miteinbezug meta-ökonomischer, rein ethischer Prinzipien wie personale Gerechtigkeit und Freiheit, Täuschungsverbot etc., kann in gewissen Fällen die durch eine rein funktionale Betrachtungsweise gewonnenen Ergebnisse modifizieren<sup>276</sup>. Ein Anbieter, der in seiner Werbung oder auf andere Weise ankündigt, er vertreibe sein Produkt nur eingleisig, schafft bei den Konsumenten eine diesbezügliche berechnete Erwartung. Wenn er sein Produkt dennoch zweigleisig vertreibt, verletzt er deren berechtigtes Vertrauen und damit das moralische Täuschungsverbot. Seine Handlung ist auch dann unlauter, wenn sie bezüglich der ökonomischen Wettbewerbsziele nicht zu dysfunktionalen Ergebnissen führt<sup>277</sup>.

#### IV. Sitte und Verkehrsanschauung

Es kann auch nichts daran gelegen sein, bewährte Regeln und allgemein akzeptierte Sitten in Zukunft zu ignorieren. Wenn das Bestehen einer Verkehrsanschauung nachgewiesen werden kann, die den zweigleisigen Vertrieb ablehnt, ist dies auch für das funktionell verstandene Lauterkeitsrecht nicht irrelevant. Den gelebten und für richtig befundenen Sitten und den Anschauungen des Verkehrs kommt zumindest eine Indizfunktion zu<sup>278</sup>. Sie sind bei der lauterkeitsrechtlichen Beurtei-

- 276 Baudenbacher, AGB, S.84ff., spez.S.86: "Doppelcharakter" des Wettbewerbsrechts, "Erhaltung und Förderung des Gesamtsystems" und "Verwirklichung personaler Gerechtigkeit", m.w.H.; Martin-Achard, Notion, S.41; umfassend Herbert Wiedemann, Rechtsethische Massstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR 9 (1980) S.147-176.
- 277 Ablehnend gegenüber ethischen Ansprüchen an Wettbewerbshandlungen Pedretti, S.30
- 277 Zum Verhältnis zwischen Wirtschaftsrecht und Ethik: Wolfgang Fikentscher, Wirtschaftsrecht, Bd.I, Einleitung, München 1983, S.11ff.; auch Briner-Eidenbenz, Bemerkungen, S.31; Sack, Anstandsgefühl, S.767ff.
- Ueber das Täuschungsverbot als Spezialfall des Lauterkeitsgebots hinaus besteht ein umfassender innerer Zusammenhang zwischen Recht und Ethik bei der Regelung des Handelns im Wettbewerb. Dazu Jonas, Das Prinzip Verantwortung; Mannheim, Freiheit und geplante Demokratie (bis S.21); Wuffli, Ethik und Wirtschaft - Antinomie oder Integration? ("Femsten-Ethik"). Die Aufgabe einer neuen Ethik wäre es, Regeln des Verhaltens zu definieren, die der Tatsache Rechnung tragen, dass die Konsequenzen unsere Handelns mit dem Alltagsverständnis (vgl. Luhmann, Rechtssoziologie, S.174f.) nicht mehr überblickt, sondern nur noch mit den Mitteln der Wirtschafts-, Gesellschafts- und Naturwissenschaften erfasst werden können. Dazu Jonas, S.62; Wuffli, Ethik; Willi Hochkeppel, Neue Trends in der gegenwärtigen Philosophie, Universitas 29 (1974) II, S.965-974 (973) ("Makro-Ethik"); ebenso Mannheim, S.13f.; speziell zum rechtlichen Bereich Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.68; Mannheim, S.20f.; Wolfgang Fikentscher, Synepeik und eine synepeische Definition des Rechts, in: Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen, Hsg. Wolfgang Fikentscher, Herbert Franke und Oskar Köhler, Freiburg i.Br./München 1980, S.53ff., speziell S.71.; anders Hubert Riedinger, Pragmatik der juristischen Argumentation, Was Gesetze anrichten und was Rechtens ist, Freiburg/München 1977.
- 278 Troller, IGR II, 2.A., S.1048f.; Botschaft 1983, S.31, 35; von Büren, Kommentar, Allg. RN 14; Germann, Rechtsfindung, S.57.; speziell zur Berufsstandsvergessenheit Baumbach/Hefermehl, UWG, Art.1 RN 563.



lung immerhin dann zu berücksichtigen, wenn sie einer funktionalen und ethischen Bewertung standhalten.

Wegen dieses Zusammenhangs stellt die funktionale Auslegung, wie sie von Schluep und Baudenbacher im schweizerischen Lauterkeitsrecht vertreten wird, keinen Bruch mit der nationalen UWG-Tradition dar. Vielmehr führt diese Konkretisierungsmethode Ansätze der traditionellen schweizerischen Lehre<sup>279</sup> weiter und passt sie dem modernen wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisstand an.

## § 12 LAUTERKEITSRECHTLICHE BEURTEILUNG

### A Allgemeine Unlauterkeit

#### I. Konsumentenbezogene Unlauterkeit

##### 1. Charakteristik

Der zweigleisige Vertrieb als Form des Leistungsangebots<sup>280</sup> betrifft in erster Linie das Austauschverhältnis zwischen Anbietern und Letztabnehmern, spez. Konsumenten. Eine allfällig damit verbundene Unlauterkeit wirkt sich also primär im **Austauschwettbewerb** auf dieser Marktstufe aus.

Ein zweigleisiger Vertrieb ist unlauter, wenn drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

---

Anders nun Troller, IGR II, 3.A., S.922; Schluep, Kritik, S.250f.; ders., Vom lauterem ... , S.65; Baudenbacher, Funktionale Anwendung, S.156.

279 Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.139f.; Castelberg, vor allem S.76f. und 103; Germann, Bona Fides, S.73; ders., Rechtsfindung, S.63f.; ders., Concurrence déloyale, S.286f.: "'unerwünschte volkswirtschaftliche Folgen' [können] auch für den Zivilrichter im Rahmen seiner Ermessenbefugnis beachtlich sein"; Hug, S.45; Erwin Matter, Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, ZbJV 87 (1951), S.449-471 (S.458): "Für die sachliche Bestimmung der Normen (des UWG) bleibt der Richter aber auf weitere Ueberlegungen verwiesen, die teilweise dem Einzelfalle verhaftet sind, teilweise aber emporsteigen bis zu Erwägungen über das Wesen unserer Wirtschaftsordnung und über Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechtes überhaupt." Merz, Wettbewerb, S.401f.; Troller, IGR, II, 2.A., S.1048: ".... dass er (der Teilnehmer am Wettbewerb) nicht Handlungen begeht, die das System des freien Wettbewerbs um seinen Nutzen bringen".

280 S. § 1 B II.3.b) und § 4 C.



- Wenn er zu höheren Präferenzen gewisser oder aller Konsumenten für eine der Produktvarianten führt<sup>281</sup>,
- wodurch die Nachfragerbedürfnisse schlechter befriedigt werden, als dies bei einem Verbot des zweigleisigen Vertriebs der Fall wäre,
- und diese schlechtere Bedürfnisbefriedigung gleichzeitig eine schlechtere Erfüllung der Wettbewerbsfunktionen darstellt.

Charakteristisch für die konsumentenbezogene Unlauterkeit ist, dass sie die Nachfragerpräferenzen direkt beeinflusst<sup>282</sup>.

## 2. Bedeutung

Der Beurteilung des zweigleisigen Vertriebs im Rahmen des Austauschwettbewerbs kommt bei der lauterkeitsrechtlichen Untersuchung des zweigleisigen Vertriebs aus folgenden Gründen eine zentrale Bedeutung zu:

### a) Ausrichtung an unterschiedlichen Konsumentenpräferenzen

Der zweigleisige Vertrieb richtet sich direkt an die Nachfrager, die gemäss ihren Präferenzen oder ihrer Marktübersicht eine der Varianten wählen sollen (offene oder indirekte Marktpaltung). Es ist deshalb in erster Linie zu untersuchen, ob die Art, wie diese indirekte Marktpaltung durchgeführt wird, unlauter und wettbewerbsverfälschend ist.

### b) Handlungsspielraum und Missbrauchspotential

Die Handlungsmöglichkeiten der Anbieter sind aufgrund ihres vielfältigen tatsächlichen Handlungs- und Beeinflussungspotentials und ihres in praxi stets vorhandenen monopolistischen Spielraums regelmässig grösser als diejenigen der atomistisch vielen Konsumenten. Dies gilt jedenfalls auf den für indirekte Marktpaltung vor allem geeigneten Publikumsmärkten. Damit ist auch die Möglichkeit, wettbewerbsverfälschend zu handeln, in diesem Austauschverhältnis viel grösser als im Verhältnis zu den wachsenden Konkurrenten mit prinzipiell gleichen Handlungsmöglichkeiten (im Parallelwettbewerb).

281 Durch Täuschung, suggestive Werbung, Senkung der Markttransparenz etc.

282 Im Gegensatz zur Unlauterkeit im Parallelwettbewerb, s.u. II.

283 Arno Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf 1960, S.39. Dazu Schluep, Nachfragemacht, S.585.

Das Wort vom "König Kunden"<sup>283</sup> trifft auch dann nicht in jedem Fall zu, wenn eine Käufermarktlage<sup>284</sup> mit wirksamem Parallelwettbewerb unter den Anbietern besteht, weil nicht gesagt ist, dass dieser alle für den Konsumenten wesentlichen Leistungselemente umfasst.

### c) Geringe Bedeutung in Lehre und Rechtsprechung

Rechtsprechung und Literatur zum aUWG befassen sich überwiegend mit Fällen von konkurrentenbezogener Unlauterkeit<sup>285</sup>. Deshalb können wir kaum auf bestehende Anhaltspunkte zurückgreifen, welche Fälle von konsumentenbezogener Unlauterkeit - ausser solche der Irreführung<sup>286</sup> - betreffen.

## II. Konkurrentenbezogene Unlauterkeit

Die konkurrentenbezogene Unlauterkeit (unlauteres Schmarotzen, Behindern etc.) betreffen direkt den Parallelwettbewerb zwischen den Konkurrenten. Der zweigleisige Vertrieb hat prinzipiell nur mittelbare Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Mitbewerbern. Im Vordergrund stehen Spezialfälle der Behinderung<sup>287</sup>, welche von Absatzmittlern gegenüber Produzenten ausgeübt werden, mit denen sie durch die Konkurrenzsituation zwischen Hersteller- und Handelsmarken im Wettbewerb stehen.

## III. Fallgruppen

### 1. Konsumentenbezogener dysfunktionaler zweigleisiger Vertrieb

Die Fälle von mit zweigleisigem Vertrieb verbundener konsumentenbezogener Unlauterkeit lassen sich in zwei grosse Gruppen einteilen: Die Unlauterkeit kann auf

284 S. § 17 A III.3. Dazu auch Gerhard Scherhorn, Machtausgleich, (S.30-68), Stärkung der Nachfragerposition durch Verbraucherpolitik (S.94-98), Kontrolle der Marktentwicklung durch Strukturpolitik (S.98-105), in: Scherhorn et.al., Verbraucherinteressen und Verbraucherpolitik.

285 Baudenbacher, Rechtsverfolgung, S.344f. mit Begründung und w.H. Fälle von konsumentenbezogener Unlauterkeit werden praktisch immer wegen der damit verbundenen indirekten Behinderung der Konkurrenten von diesen eingeklagt. Spez. zur - in der Praxis nicht benutzten - Kundenklage nach Art.2 Abs.2 aUWG von Büren, Kommentar, Aktivlegitimation RN 53, S.183; Kummer, Anwendungsbereich, S.67ff.; Schluep, Vom lauterem ... , S.64; Troller, IGR II, S.1014f.

286 N.B. Es gibt auch nach traditioneller Auffassung Fälle von unlauterem Wettbewerb ohne Täuschungsmoment. Vgl. statt vieler Castelberg, S.105; Germann, Rechtsfindung, S.59.

287 Dazu im kartellrechtlichen Zusammenhang § 17.

einer Täuschung<sup>288</sup> oder einer andern Form von dysfunktionalem, wettbewerbsverfälschendem Verhalten<sup>289</sup> beruhen. Die Täuschung kann sich auf einzelproduktbezogene Zusatzleistungen beziehen, die fehlen, weil das Produkt zweigleisig vertrieben wird<sup>290</sup> oder auf die Basisproduktidentität<sup>291</sup>. Beim nicht täuschenden zweigleisigen Vertrieb muss untersucht werden, ob ein dysfunktionales unlauteres Ausnutzen vorbestehender unterschiedlicher Produkteinschätzungen<sup>292</sup> vorliegt oder eine dysfunktionale Senkung der Markttransparenz ohne unterschiedliche Zusatzleistungen.<sup>293</sup>

## 2. Konkurrentenbezogener dysfunktionaler zweigleisiger Vertrieb

Im Zusammenhang mit dem konkurrentenbezogenen zweigleisigen Vertrieb stellen sich folgende Einzelfragen: Verletzt der zweigleisige Vertrieb eine (wettbewerbsrechtlich relevante) Verkehrsanschauung<sup>294</sup> oder stellt er ein unlauteres Schmarotzen an einem fremden Ruf dar<sup>295</sup>? Bildet das Beseitigen der Marke eines Dritten<sup>296</sup> oder das Ankündigen einer Produktvariante unter der Marke der andern Variante<sup>297</sup> eine Behinderung?

### B Unlauterkeit durch Täuschung

#### I. Täuschung und Verletzung einer Verkehrsanschauung

##### 1. Zusammenhang zwischen Täuschung und Verkehrsanschauung

Die Verkehrsanschauung, die in bestimmten Personengruppen bezüglich des zweigleisigen Vertriebs herrscht, umfasst zwei Aspekte, nämlich eine **Richtigkeitsvorstellung** und eine **verhaltensbestimmende Erwartung**.

---

288 S.u.B.

289 S.u.C.

290 S.u.B III.

291 S.u.B IV.

292 S.u.C.I.

293 S.u.C II.

294 S.u.D I.

295 S.u.D II.

296 S.u. D III.

297 Verkauf sub rosa, s.u.D IV.

Die Richtigkeitsvorstellung entspricht den Werten und Zielen, an denen die betreffenden Personen ihr eigenes oder das Verhalten anderer messen. Die verhaltensbestimmende Erwartung zeigt, nach welchen tatsächlichen Vorstellungen diese Personen ihr Verhalten ausrichten.

#### a) Richtigkeitsvorstellung

Zwischen den Richtigkeitsvorstellungen, wie sie in einer Verkehrsanschauung zum Ausdruck kommen, und dem Lauterkeitsrecht besteht nur ein indirekter Zusammenhang. Derartige gesellschaftliche Wertvorstellungen dürfen nicht direkt ins Rechtssystem überführt werden, können aber als tatsächliche Bezugspunkte für eine selbständig wertende und selektionierende juristische Argumentation dienen<sup>298</sup>. Insoweit sie einer gesamtwettbewerblichen Bewertung standhalten, stellt ihre Verletzung eine Unlauterkeit dar.

#### b) Verhaltensbestimmende Erwartung

Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung des zweigleisigen Vertriebs muss verhaltensbestimmende Erwartungen in Rechnung stellen, nach denen die Konsumenten ihre Präferenzen und ihre Kaufentscheidungen ausrichten. Wenn diese Erwartungen enttäuscht werden, verschlechtert sich u.U. die Befriedigung der Nachfragerbedürfnisse und damit zusammenhängend der Wettbewerbsfunktionen. Indem der Rechtsanwendende die verhaltensbestimmenden Erwartungen berücksichtigt, vermeidet er es, an der Realität vorbeizujudizieren, wettbewerblich relevante Fälle von Irreführung nicht zu beachten oder beschränkend in den Wettbewerb einzugreifen, um das Publikum vor Täuschungen zu schützen, wo gar keine tatsächliche Täuschungsgefahr besteht.

Allerdings kommt es nicht in Frage, derartige verhaltensbestimmende Erwartungen auch dann lauterkeitsrechtlich zu schützen, wenn dies zu dysfunktionalen Konsequenzen führt. Wenn der zweigleisige Vertrieb funktional positiv zu bewerten ist, kann er auch dann nicht unlauter sein, wenn die Nachfrager nach der herrschenden Verkehrsanschauung auf einen eingeleisigen Vertrieb vertrauen<sup>299</sup>.

Das Vertrauen auf einen eingeleisigen Vertrieb kann allerdings aus meta-ökonomischen Gründen berechtigt sein, nämlich dann, wenn der Anbieter selbst geschaffenen oder aus anderen Gründen berechtigten Erwartungen zuwiderhandelt und da-

<sup>298</sup> Dazu Lüderssen, S.57f.

<sup>299</sup> S. § 11 C.III.

durch den wettbewerblichen Wahrheitsgrundsatz verletzt. In solchen Fällen ist der zweigleisige Vertrieb - unabhängig von einer ökonomischen Bewertung - unlauter.

## **2. Spontane Reaktionen von Konsumenten und Anbietern**

Die spontane Reaktion unbefangener Gesprächspartner, die über das Absatzsystem des zweigleisigen Vertriebs informiert werden, besteht beinahe einhellig in Entrüstung<sup>300</sup>. Die Tatsache, dass dasselbe Basisprodukt mit verschiedenen Marken verbunden wird, widerstrebt der landläufigen Grundannahme, dass rechtens eine Marke und ein Preis einem Produkt entspreche.

In Produktion oder Handel tätige Gesprächspartner reagieren auf dieses mit dem zweigleisigen Vertrieb verbundene Gefühl der Entrüstung verständnislos: Der Kunde bekomme, was er wolle, nämlich ein auf seine Bedürfnisse abgestimmtes Produkt. Ob gegenüber einem anderen Produkt technische Unterschiede oder solche immaterieller Art bestünden, kümmere den Konsumenten nicht<sup>301</sup>.

## **3. Konsumentenbefragung zur Bestimmung der Verkehrsanschauung**

Die Verkehrsanschauung der Konsumenten kann durch stichprobenweise Befragung einer repräsentativ ausgewählten Menge von Personen ermittelt werden. Deren Ergebnisse hängen in hohem Grad von der Art der Fragestellung ab, die aus befragungstechnischen Gründen gerade keine juristische sein kann<sup>302</sup>, wohl aber nach juristischen Kriterien überprüfbar sein muss und zu überprüfen ist. Auch lassen die Ergebnisse einer solchen Befragung aufgrund des sog. Panel-Effekts nicht in jedem Fall direkte Rückschlüsse auf die in einer Kaufsituation tatsächlich massgeblichen Ueberlegungen zu. Einen rein tatsächlichen Nachteil bilden die hohen Kosten, die mit der Durchführung einer repräsentativen Meinungsumfrage verbunden sind.

In der deutschen Rechtsprechung besteht eine reiche Praxis, in der über die Frage, ob bezüglich der Beurteilung einer Wettbewerbshandlung eine Verkehrsanschauung bestehe, aufgrund eines demoskopischen Gutachtens entschieden wurde<sup>303</sup>.

---

300 Anschaulich Fritz Marbach, Kartelle, Trusts und Sozialwirtschaft, Bern 1932, S.251.

301 Vgl. Henning-Bodewig/Kur, S.495.

302 Noelle-Neumann, S.38ff.

303 Baumbach-Hefermehl, UWG, Einl. RN 441, § 3 RN 117; Ernst Böhm, Demoskopische Gutachten als Beweismittel in Wettbewerbsprozessen, Frankfurt a.M./Bern/New York 1985; Henning-Bodewig/Kur, S.496; Lüderssen, Juristische Allgemeinbegriffe und Demoskopie; Noelle-Neu-



Für die Schweiz sind dem Schreibenden keine entsprechenden publizierten Entscheide bekannt.

#### 4. Infratest-Umfrage

Das Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht in München hat im April 1984 eine Infratest-Umfrage<sup>304</sup> in Auftrag gegeben, die in Deutschland durchgeführt wurde.

##### a) Ergebnisse

Die Befragung von eintausend Personen hat zum zweigleisigen Vertrieb folgende Ergebnisse erbracht:

95% der Befragten gaben an, schon vom Vertrieb identischer (Basis-) Produkte mit unterschiedlicher Markierung gehört zu haben. Von den Befragten konnten 28% Produktgruppen nennen, in denen dieses Absatzsystem praktiziert wird. Mit 12% am häufigsten wurden Wasch- und Reinigungsmittel genannt.

28% der Befragten würden sich - ohne dass sie auf den Preis angesprochen wurden - verärgert fühlen, wenn sie nach dem Kauf vom zweigleisigen Vertrieb dieses Produkts erfahren würden. Bei 45- bis 59-jährigen Befragten steigt der Prozentsatz auf 33%.

Dabei ist der Prozentsatz der Verärgerten je nach der Preisdifferenz sehr unterschiedlich: Wenn die andere Marke billiger als die gekaufte wäre, würden sich 58% ärgern. Bei einer deutlichen Preisdifferenz (über 10%) steigt dieser Prozentsatz auf 93%. Bei jüngeren Befragten, vor allem bei 25 bis 44-jährigen, und bei Befragten mit höherem Schulabschluss (Abitur/Universität) sind die Zahlen höher: 64% bei kleinem, 97% resp. 98% bei deutlichem Preisunterschied. Aber nur 5% der Befragten finden den zweigleisigen Vertrieb generell "nicht richtig".

---

mann, Demoskopie und Rechtspraxis; Rehbinder, Methoden der Rechtstatsachenforschung, S.13; Tilmann, Verkehrsauffassung; Troller, IGR I, S.253 mit FN 132 und IGR II, S.1063 mit FN 167, jeweils m.w.H.

304 Auszugsweise widergegeben bei Henning-Bodewig/Kur, S.497ff.

## b) Folgerungen

Diese Befragung ergibt als eindeutiges Resultat, dass der Preis als selbständige Informationseinheit eine dominierende Rolle spielt. Eine Mehrheit der Befragten fühlt sich bei einem zweigleisigen Vertrieb mit unterschiedlichen Preisen verärgert. Umgekehrt lehnt nur eine kleine Minderheit den zweigleisigen Vertrieb an sich, ohne Zusammenhang mit einer Preisdifferenz, ab.

## c) Relativer Wert der Ergebnisse

In der Befragungssituation gewinnt das "rationale" Preisbewusstsein als Informationsverarbeitungsmethode an Gewicht und drängt andere, in einer konkreten Entscheidung ebenfalls relevante Faktoren in den Hintergrund. Augeklammert bleiben vor allem andere Informations- verarbeitungsmethoden, z.B. das Markenbewusstsein, aber auch die Mühen der Informationsbeschaffung und -nutzung: Welchen Aufwand hätte der Befragte getrieben, um die Preise gleich markierter Produkte an verschiedenen Verkaufsstellen zu vergleichen?

Und neben der Preisdifferenz sind auch die unterschiedlichen Produktleistungen<sup>305</sup> für die Anschauung der Konsumenten massgeblich sind. Hochpreiskonsumenten, die auf den hohen Preis als Qualitätsgarantie vertrauen oder dem demonstrativen Konsum frönen, einerseits und gewiefte Billigst-Einkäufer andererseits erwarten von einem Produkt die Befriedigung unterschiedlicher Bedürfnisse.

## 5. Bedeutung der Umfrageergebnisse für das Lauterkeitsrecht

### a) Uebertragbarkeit der Umfrageergebnisse auf Schweizer Verhältnisse

Zwar wird die Erscheinung des zweigleisigen Vertriebs in der Schweiz weniger öffentlich diskutiert<sup>306</sup> als in Deutschland, und es liegen keine publizierten Untersuchungen darüber vor. Dies heisst allerdings nicht, dass die Konsumenten stärker darauf vertrauen, dass ein bestimmtes Produkt nur eingleisig vertrieben wird. Die Handelsmarkenpolitik der Grossverteiler im Konsumgütersektor führt dazu, dass sich Verkaufsstellenpräferenzen und Produktpräferenzen überlagern. Dadurch haben sich die Konsumenten daran gewöhnt, dass qualitativ gleichwertige, ja identi-

305 Dazu s.u.III.

306 Das generelle Wissen, dass Fälle von zweigleisigem Vertrieb vorkommen, führt zu einer Auflösung der verhaltensbestimmenden Erwartung, ein Produkt werde nur eingleisig vertrieben. So Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.84; Stöhr, S.190.

sche Produkte unter verschiedenen Marken zu verschiedenen Preisen angeboten werden.

Es spricht demnach alles dafür, dass Schweizer Konsumenten jedenfalls nicht stärker auf einen eingeleisigen Vertrieb vertrauen als die deutschen Konsumenten, deren Anschauungen in der erwähnten Infratest-Befragung ermittelt wurden.

## b) Funktionale Ueberprüfung der Ergebnisse

Die Reaktionen der Befragten lassen den Schluss zu, dass sie von unterschiedlichen Marken mit verschiedenen Preisen auf unterschiedliche Produkteigenschaften schliessen. Sie erwarten, dass ein Produkt nicht preisdifferenzierend zweigleisig vertrieben wird. Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung muss die Enttäuschung dieser verhaltensbestimmenden Erwartung in zweierlei Hinsicht in Rechnung stellen, nämlich dann wenn die Erwartung den wettbewerblichen Werten und Zielen entspricht, und wenn sie zu einer schlechteren Bedürfnisbefriedigung der Nachfrager und damit zu dysfunktionalen Folgen eines zweigleisigen Vertriebs führt.

## II. Täuschung durch Verletzung einer berechtigten Erwartung

### 1. Prinzip

Ob und wenn ja, unter welchen Umständen es zulässig sei, ein Produkt unter **derselben** Marke zu verschiedenen Preisen anzubieten, bildet Gegenstand einer langen Diskussion, die in Deutschland unter dem Titel der "Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems" geführt wurde. Bildet eine Preisforderung eine Angabe darüber, wie der Preis für die ganze Produktgattung festgelegt wird<sup>307</sup>? Prinzipiell gilt die Preisfestsetzungsfreiheit<sup>308</sup> im Wettbewerb (auch) für gleich markierte Produkte. Für stofflich-technisch unterschiedliche Produkte mit verschiedenen Marken war sie stets unbestritten.

307 Dazu Bergau, Zweigleisiger Vertrieb, S.36 m.w.H. mit verschiedenen, z.Teil abweichenden Meinungen. Nach gewissen Kriterien kann vom Preis eines Produkts auf das Preisniveau des Gesamtangebots des betreffenden Unternehmens geschlossen werden. Dazu Schluep, Lockvogelmarken und Lockvogelpreise, S.77f. Diese Kriterien können nicht ebenso für den Schluss auf die Preise anders markierter Varianten desselben Basisprodukts gelten. A.M. Bergau, a.a.O. Der Preis kann u.U. als Qualitätsindikator verwendet werden: Unter bestimmten Umständen begründet ein hoher Preis bei einem Produkt ein berechtigtes Vertrauen auf hohe Qualität, so dass das Verschweigen fehlender oder schlechter Eigenschaften in Verbindung mit einem hohen Preis zu einer Täuschung wird. Vgl. Lauer, S.107. S.u.B III.

308 Als Teil der Vertragsfreiheit, genauer der Vertragsinhaltsfreiheit. Dazu Oftinger, S.1: "Die Freiheit der Gestaltung des Inhalts [des Vertrags]"; dazu Gauch/Schluep, Nr.489ff.; Toller, S.7.

Für den zweigleisigen Vertrieb stellt sich diese Frage in besonderer Weise: Die gleiche Markierung erlaubt einen Preisvergleich zwischen den Verkaufsstellen. Dieser Preisvergleich wird durch die unterschiedliche Markierung stark erschwert, ja praktisch verunmöglicht. Dürfen die Konsumenten generell darauf vertrauen, dass unterschiedlich markierte Produkte, für die verschiedene Preise gefordert werden, nicht auf demselben Basisprodukt beruhen? Beeinhaltet der Vertrieb eines markierten Produkts implizite das Versprechen, dass dasselbe Produkt nicht noch unter einer andern Marke zu einem andern Preis angeboten wird<sup>309</sup>?

Die Verletzung eines derartigen Versprechens durch einen preisdifferenzierenden zweigleisigen Vertrieb würde dem wettbewerblichen Wahrheitsgrundsatz widersprechen und wäre in jedem Fall unlauter. Wenn ein derartiges Versprechen anzunehmen wäre, verlöre der Anbieter durch die unterschiedliche Markierung<sup>310</sup> das Recht zur unterschiedlichen Preisfestsetzung.

## 2. Historische Entwicklung der Konsumentenerwartung

### a) In Deutschland

Nach Jacob-Steinorth<sup>311</sup> nahm 1964 die "in Deutschland herrschende Ansicht an, der deutsche Verbraucher gehe [mit Rücksicht auf den jahrzehntelangen eingeleisigen Vertrieb] davon aus, dass jeder Hersteller, der preisgebundene Markenware anbietet, eingeleisig fahre". Diese Ansicht ist spätestens seit dem Wegfall der Preisbindung für Markenartikel überholt. Jacob-Steinorth selbst hat sie unter Auflistung der damals zu diesem Thema reichlich fließenden deutschen und amerikanischen Literatur und Judikatur in Begründung und Ergebnis scharf angegriffen<sup>312</sup>.

Unter der Geltung des § 17 Abs.1 GWB, der vertikale Preisbindungen für Markenartikel erlaubte und schützte, wurde der zweigleisige Vertrieb als unlauter beurteilt, weil er gegen das Prinzip und die tatsächliche Durchführung eines Preisbindungssystems<sup>313</sup> verstosse. Mit der Kartellgesetznovelle vom 15. September 1965 wurde (in § 17 Abs.1 Satz 3) die gesetzliche Vermutung eingeführt, die Preisbindung führe zu einer nicht gerechtfertigten Verteuerung respektive Nicht-Verbilligung der Ware, wenn die zu gebundenem Preis vertriebene Variante gleichzeitig auf ei-

309 Dazu Jacob-Steinorth, S. 72ff.; Bergau, S. 35ff, jeweils m.w.H.

310 Wegen der damit verbundenen Senkung der Markttransparenz.

311 Zweigleisiger Vertrieb, S.82f. vgl. auch Stöhr, S.188f., jeweils m.w.H.

312 Vor allem S.83ff. Dabei hat er eine funktionale Methode "avant la lettre" verwendet. Ebenso Stöhr, S.188f.; anders Bergau, spez. S.59ff.

313 Sog. gedankliche (theoretische) und tatsächliche (praktische) Lückenlosigkeit.



nem zweiten Gleis zu erheblich niedrigen Preisen angeboten werde<sup>314</sup>. Seit 1973<sup>315</sup> sind vertikale Preisbindungen nur noch für Verlagserzeugnisse zulässig. Für Markenwaren sind ausschliesslich unverbindliche Preisempfehlungen erlaubt.

Gleichzeitig haben Veröffentlichungen über Warentests und andere Formen der Verbraucheraufklärung über Fälle von zweigleisigem Vertrieb informiert und generell Marken und Preise als Qualitätsmerkmale relativiert. Heute kann in Deutschland nicht mehr die Rede davon sein, der Verbraucher vertraue auf einen eingleisigen Vertrieb. Dies ergeben eindeutig die oben<sup>316</sup> wiedergegebenen Ergebnisse der Infratest-Umfrage. "Im Angebot einer nicht preisgebundenen Ware liegt nicht konkludent die Behauptung, die Ware sei überall zum gleichen Preis erhältlich ... [oder] dass das Unternehmen die Ware nur eingleisig ..... verkauft"<sup>317</sup>.

## b) In der Schweiz

In der Schweiz wurden vertikale Preisbindungen<sup>318</sup> immer ausschliesslich durch private, nie durch gesetzliche Sanktionen durchgesetzt. Einen Meilenstein in der schweizerischen Preisbindungsgeschichte bildete der Zusammenbruch des Preisbindungssystems der Markenartikelproduzenten<sup>319</sup>, das mittels kollektiver Liefer sperren durchgesetzt worden war. Diese Entwicklung war eine Folge der wachsenden Bedeutung und zunehmenden preispolitischen Selbständigkeit der Absatzmittler, damals speziell der Warenhäuser.

Die Situation auf dem schweizerischen Konsumgütersektor wird heute durch die Grossverteiler (Migros, Coop, Denner etc.) dominiert, von denen die Migros überwiegend<sup>320</sup>, die andern Grossverteiler in verschieden grossem Umfang Erzeugnisse aus eigenen Produktionsstätten verkaufen. Die Migros vertreibt fast alle Produkte unter eigenen Marken, wobei sich im Erscheinungsbild der neueren Produkte zunehmend die Gattungsbezeichnung und der Name Migros zu Lasten einer traditio-

314 Zur damaligen deutschen Rechtslage ausführlich Stöhr, S.79-157, 213f.; Rudolf Krasser, Der Schutz von Preis und Vertriebsbindungen gegenüber Aussenseitern, Köln u.a.o. 1968; Stöhr, spez. S.79ff. sowie die bis 1973 erschienenen Auflagen der deutschen UWG- und GWB-Kommentare.

315 Zweites Gesetz zur Aenderung des GWB vom 3. August 1973, das zur heute geltenden Fassung von § 16 und 17 führte.

316 B I.4.

317 Baumbach/Hefermehl, UWG, § 3 RN 3 102.

318 Sog. "Preisbindung der zweiten Hand".

319 Offiziell seit dem 2.2.1967. Dazu Auer, Markenartikel ohne Preisbindung.

320 Dazu Claude Beck, Migros - wer denn sonst? Zürich 1978; M-Sozialpilanz 1980, Zürich 1980; Dritte M/Sozialbilanz, Zürich 1983.



nellen Produktmarke in den Vordergrund schiebt<sup>321</sup>. Auch bei Coop und Denner gewinnt der Eigenmarkenanteil an Bedeutung<sup>322</sup>.

### 3. Gelockerte Produktpräferenzen und handelsbestimmtes Preisniveau

Die Konsumenten wissen, dass sie an verschiedenen Verkaufsstellen qualitativ gleichwertige oder identische Produkte zu verschiedenen Preisen finden und dass Herstellermarken und Eigenmarken des Grossverteilers nebeneinander angeboten werden. Die Verbreitung und der Erfolg von Produkten, welche durch den Grossverteiler qualitativ bestimmt und markiert werden, hat dazu geführt, dass sich Produktpräferenzen und Verkaufsstellenpräferenzen überlagern. Die Qualitätsgarantie des Absatzmittlers (Grossverteiler oder Fachhandel) ist - je nach Verarbeitungsschema des Konsumenten und Produktart - prinzipiell ebenso bedeutungsvoll wie diejenige des Herstellers.

Aufgrund der starken Stellung der Verteilerorganisationen werden die Preise aller Produktvarianten, in den meisten Fällen<sup>323</sup> auch der Herstellermarkenartikel, durch die jeweiligen Absatzmittler bestimmt<sup>324</sup>. Eine Preisbindung durch den Hersteller spielt ausser im Buchhandel nur noch in speziellen Fälle eine Rolle.

Die Tendenz zur Lockerung der [Hersteller-]Markenpräferenzen und zum handelsbestimmten Preisniveau wird noch dadurch bestärkt, dass sich zahlreiche Güter des täglichen Bedarfs, wozu auch die gebräuchlichen Haushalts- und Büromaschinen gehören, in einer hochentwickelten ("späten") Marktphase<sup>325</sup> befinden. D.h. die Zusatzleistungen werden differenziert, und die mit verschiedenen Marken verbundenen Qualitätsvorstellungen bezüglich der Grundleistung gleichen sich an. Diese

321 Merkt, Markenartikel und Sortiment, S.16. Diese Entwicklung bildet das Pendant zum Aufkommen der in Deutschland und USA bekannten "Generics" oder "no-names".

322 Zur internationalen Entwicklung im Markenartikelsektor statt vieler: Otto Angehrn, Herstellermarken und Handelsmarken im Wettbewerb, Stuttgart 1969; ders., Herstellermarken und Handelsmarken im Wettbewerb, Markenartikel 1978, S.524-530; Franz Böcker, Gattungsmarken aus Verbrauchersicht, Markenartikel 1984, S.15-23; Walter Huber, Eine international vergleichende Studie zum Problem der Markenbildung in grösseren Handelsorganisationen, Diss St.Gallen, Winterthur 1969; Merkt, Markenartikel und Sortiment; P.C. Nielsen, The Development of Industry Brands and Distributor Brands in Europe and the United States. Comparison and Conclusions for the Future, Markenartikel 1984, S.362/368; Peyer, "Rennen, rennen, rennen".

323 Ausnahmen S.u.4.b).

324 Dazu Hans-Otto Schenk/Hans-Werner Eisenbarth, Qualitäts-Preis-Relationen von Herstellermarken und Handelsmarken, Eine empirische Ueberprüfung anhand von Warentestergebnissen, JAV 26 (1980), S. 129/145; Renate Wiefelink, Herstellermarken und Handelsmarken aus der Sicht des Verbrauchers, Markenartikel 1980; S.347/349.

Die Bedeutung des erwarteten Preisniveaus zeigte die Lockvogel-Diskussion im Rahmen der UWG-Revision.

325 S. § 3 A II.

Zusatzleistungen werden häufig nicht einheitlich durch den Hersteller, sondern zumindest teilweise durch den jeweiligen Absatzmittler erbracht.

Die gelockerten [Hersteller-]Markenpräferenzen und die handelsbestimmte Preis- und Markenpolitik widersprechen der Annahme, der Vertrieb eines markierten Produkts beinhalte das Versprechen, dasselbe Produkt werde nicht zu unterschiedlichen Preisen zweigleisig vertrieben. Ein solches Versprechen kann nur in einem besonderen Verhalten des Anbieters gesehen werden.

#### 4. Berechtigtes Vertrauen im Einzelfall

##### a) Preisbindungssystem

Ein Preisbindungssystem könnte als Zusicherung aufgefasst werden, dass ein Produkt nur zum gebundenen Preis vertrieben wird.

##### α) Preisbindung und zweigleisiger Vertrieb

Als geschlossenes, dem Käufer bekanntes System besteht die Preisbindung nur noch bei Verlagserzeugnissen und Schallplatten.

Auf dem **Büchermarkt** bilden Neuantiquariate und Buchclubs die regeldurchbrechende Ausnahme. "Bei preisgebundenen Büchern wird nicht angenommen, dass sie auch über eine Buchgemeinschaft nur zum festen Ladenpreis erworben werden können"<sup>326</sup> (als billigere Lizenzausgabe), wohl aber, dass dieselbe Ausgabe "überall in vergleichbaren Geschäften nur zu diesem Preis erhältlich" sei<sup>327</sup>.

Dass die Zusatzleistungsdifferenz zwischen der Buchhandelsausgabe und der Lizenzausgabe eines Buchclubs nicht gering bewertet wird, zeigen die deutlichen Preisunterschiede der verschiedenen Ausgaben im Antiquariat, wo Buchclubausgaben oft kaum oder nur zu deutlich niedrigerem Preis verkauft werden können<sup>328</sup>.

326 Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 RN 608 a.E.; ebenso Bungereoth, Die Preisbindung bei Büchern und Schallplatten, S.275; Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Buchvertrieb - ein Missbrauch im Sinne von § 17 Abs.1 Nr.2 GWB? BB 1972, S.106-109; Hermann Kroitzsch, Die Zweigleisigkeit des Buch- und Schallplattenvertriebs in kartell- und urheberrechtlicher Sicht, NJW 1970, S.1661-1666. Dazu VKK 1982 (Das Verhältnis zwischen Verlegern, Buchhandel und Buchclubs in der Deutschschweiz).

Mit dem Vertriebssystem der Buch- und Schallplattenclubs nicht identisch ist dasjenige der Ex Libris, das keinen Mitgliederzwang kennt.

327 Baumbach/Hefermehl, UWG, § 3 RN 303 m.w.H.

328 Dazu Böck, S.129 (vgl. auch S.122, bezügl. neuer Käufersegmente).

Gerade im Buchsektor ist das Wissen um die Möglichkeit, dass ein Buchtitel zweigleisig vertrieben wird, am weitesten verbreitet. Von gängigen Titeln ist geradezu anzunehmen, dass sie sowohl im Sortimentsbuchhandel als auch - einige Zeit später - in Buchclubs angeboten werden, wobei die Lizenzausgaben fast immer einen Hinweis auf den Lizenzgeber enthalten. Dazu kommen die zeitliche Verzögerung des Erscheinens<sup>329</sup>, die Bezugspflicht und das beschränkte Sortiment, welche zum Wesen der (echten) Buch- und Schallplattenclubs gehört. Der zweigleisige Vertrieb von Büchern in der Form von Buchclubausgaben ist also wegen der unterschiedlichen Zusatznutzenformen<sup>330</sup> nicht unlauter.

Im Bereich der - ebenfalls preisgebunden vertriebenen - **Schallplatten**<sup>331</sup> und anderen Tonträger sind Zweitmarken und Eigenmarken des Handels von sehr geringer Bedeutung.

Häufig diskutiert wird das Verhältnis zwischen **pharmazeutischen Markenprodukten** und Generica<sup>332</sup>, den chemischen Grundsubstanzen, aus denen jene aufgebaut sind. Beide sind in Apotheken erhältlich, jene zu gebundenen (hohen), diese zu freien, viel niedrigeren Preisen. Generica sind immer stofflich-technisch mit dem entsprechenden Markenprodukt identisch und stammen häufig, aber nicht ausnahmslos, vom selben Hersteller.

"Klassische" Anwendungsfälle bestehen auch bei Schokolade-Spezialitäten und Erdölprodukten (Benzin, Heizöl etc.)<sup>333</sup>.

Bei anderen preisgebundenen Produkten, z.B. **Bier**, verbietet die kartellistische Vereinbarung den Anbietern einen zweigleisigen Vertrieb<sup>334</sup>.

---

329 Die Ex Libris lässt ihre Neuauflagen gemäss einem Rahmenvertrag mit der SUIA regelmässig erst 18 Monaten nach dem Erscheinen der Buchhandelsausgabe in den Verkauf gelangen.

330 Sich an der technischen Identität der verschiedenen Ausgaben zu orientieren, wie das das Bundeskartellamt in seiner Stellungnahme vom 9. August 1971, BB 1972, S.106 (mit Kritik von Karl Jacob-Steinorth) tut, ist für die Bestimmung der Nachfragerpräferenzen wenig aussagekräftig. Dazu Böck, S.129f.

331 Jacob-Steinorth, Lückenhaftigkeit der Preisbindung bei zweigleisigem Vertrieb, BB 1969, S.326-328; BGHZ 1969, S.76-88;

332 BGE 32 I 702, s. § 10 B II.1.c).

333 Dazu VKK 1985 (Die Konzentration auf dem schweizerischen Markt für flüssige Treib- und Brennstoffe), spez.S.167.

334 Z.Z. (Frühling 1988) wird kartellintern darüber diskutiert, den Mitgliedern den zweigleisigen Vertrieb zu erlauben.

### β) Lauterkeitsrechtliche Bewertung

Gewisse Autoren<sup>335</sup> vertreten die Ansicht, der Anbieter, der in der Werbung deutlich herausstelle, er verkaufe nur zu einem bestimmten Preis, müsse sich eine dadurch entstandene Erwartungshaltung der Konsumenten entgegenhalten lassen. Er dürfe dasselbe Basisprodukt nicht auch noch unter einer andern Marke zu einem andern Preis vertreiben.

Diese Ansicht vermengt die faktische Verhaltenserwartung mit der Richtigkeitsvorstellung: Die Konsumenten rechnen bei derart vertriebenen Produkten zwar mit überall gleichen Preisen; aber zumindest ein Teil von ihnen empfindet dies als Einschränkung ihrer Auswahlmöglichkeiten, nicht als Zusicherung, deren Nichteinhaltung ihre Richtigkeitsvorstellungen und ihre Interessen verletzen würde.

Es kann demnach nicht angenommen werden, der zweigleisige Vertrieb mit einer preisgebundenen Variante sei an sich unlauter, weil er eine berechtigte Erwartung verletze. Dazu kommt, dass eine deutlich herausgestellte Preisbindung als Absatzsystem kaum (mehr) vorkommt, weil das System der Preisbindung bei den Konsumenten nur noch auf wenig Akzeptanz stößt<sup>336</sup>.

### b) Tiefpreiszusichernde Werbung

Tiefpreiszusichernde Angaben bezüglich eines Produkts<sup>337</sup> in der Werbung werden dadurch täuschend, dass dasselbe Produkt noch unter einer anderen Marke billiger vertrieben wird. Die Unlauterkeit könnte an sich auch im zweigleisigen Vertrieb gesehen werden. Unter funktionalen Gesichtspunkten würde aber ein Verbot des preisdifferenzierenden zweigleisigen Vertrieb im Zusammenhang mit einer tiefpreiszusichernden Werbung auch funktional erwünschte Formen des zweigleisigen Vertriebs ausschalten.

Die tiefpreiszusichernde Werbung für die teurere Variante eines zweigleisigen Vertriebs ist dann unlauter, wenn die zweite Produktvariante nicht durch unterschiedliche Zusatzleistungen in der Wahrnehmung des Publikums zu einem "andern" Produkt<sup>338</sup> wird.

335 Bergau, S. 46f. m.w.H.

336 Dazu Auer, Markenartikel ohne Preisbindung.

337 "Dieses Waschmittel am günstigsten bei W", "mit Wirkstoff K nirgends billiger".

338 Viel häufiger ist allerdings der Fall, in dem die Tiefpreis-Werbung ausdrücklich auf Zusatzleistungen, speziell die Marke mit Attraktionskraft, Bezug nimmt, die nur mit einer Variante verbunden sind.



c) Innerhalb eines bestimmten räumlichen Bereichs

Ein Teil der deutschen Lehre nimmt an, das Vertrauen des Anbieters in eine einheitliche Preisfestsetzung innerhalb eines bestimmten räumlichen Bereichs<sup>339</sup> sei lauterkeitsrechtlich geschützt. Diese Ansicht stützt sich auf verschiedene Entscheide:

Im **Schweinefett-Entscheid** <sup>340</sup> ging es um folgenden Sachverhalt: Ein Filialleiter liess in der Auslage Schweinefett mit 74 Pfennig pro Pfund anschreiben und verkaufen. Daneben verkaufte er das gleiche Schweinefett aber auch zu 90 Pfennig. Vom billigeren Schweinefett erhielten nur die Kunden, die sich nicht zum Kauf des teureren bewegen liessen. Bei diesem Entscheid lag die Unlauterkeit nicht in der Preisdifferenzierung an sich, sondern darin, dass der Kunde aufgrund der Auslage erwarten durfte, in jedem Fall nur vom billigeren Schweinefett zu erhalten<sup>341</sup>.

Im **Frankfurter Tankstellenentscheid** <sup>342</sup> hatte eine grosse Benzingesellschaft in der Nähe der unterbietenden Konkurrenz ihr Benzin zu herabgesetzten Preisen angeboten, an den übrigen Tankstellen aber zum normalen höheren Preis verkauft.

Im **Kölner Tankstellenentscheid** <sup>343</sup> war das Verhalten eines Geschäftsmannes zu beurteilen, der zahlreiche Tankstellen mit derselben Markenbezeichnung besass und der, um eine einzelne Niedrigpreis-Tankstelle preislich zu unterbieten, in deren unmittelbarer Nachbarschaft eine seiner Tankstellen mit einer speziellen Bezeichnung versah und (nur) dort den Benzinpreis erheblich senkte.

In den Tankstellen-Fällen könnte die Unlauterkeit aus der Zielrichtung der Massnahme als ruinöse Preisunterbietung gefolgert werden, nicht aber aus dem preisdifferenzierenden zweigleisigen Vertrieb an sich<sup>344</sup>. Darin, dass ein Händler in sei-

---

339 Innerhalb eines Ladenlokals, einer für die Benzinpreisfestsetzung massgeblichen Region o.ä. Vgl. Bergau, S.39ff., 71, m.w.H.

340 Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 21. August 1929, MuW 1929, S.235; vgl. Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.78; Bergau, S.37f.

341 So auch Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.78; anders Bergau, S.42.

342 Entscheid des Landgerichts Frankfurt a.M. vom 12. Februar 1960, BB 1960, S.228. Dabei ging es nicht um einen Fall des zweigleisigen Vertriebs, sondern um eine regionale Preisspaltung.

343 Entscheid des Landgerichts Köln vom 12. Januar 1966, WRP 1966, S.228.

344 So Dietrich Reimer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Bd.III, Deutschland, hsg. von Eugen Ulmer, München/Köln 1968, S.676f.: Der Grundsatz der Preisklarheit verlangt nicht, dass der Anbieter auf das Bestehen verschiedener Preise hinweist. Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 RN 211: Es "ist kein Gewerbetreibender verpflichtet, überall zu gleichen Preisen zu verkaufen. Auch brauchen hinter verschiedenen Preisen nicht unterschiedliche Leistungen zu stecken ..."



nem Geschäft zwei Typen derselben Produktart zu unterschiedlichen Preisen anbietet, kann nicht auf eine Zusicherung geschlossen werden, es handle sich um stofflich-technisch unterschiedliche Produkte<sup>345</sup>. Soweit es sich bei der "Zweigleisigkeit auf demselben Regal" um Produkte mit verschiedenen Zusatz-Leistungen handelt, oder wenn die Zweigleisigkeit eine vorübergehende Massnahme darstellt, welche der Markterkundung dient, wird keine nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Wettbewerb berechnete Erwartung verletzt. Wird ein derartiger zweigleisiger Vertrieb aber als langfristige preisdiskriminierende Strategie ohne Nutzendifferenz und ohne positive evolutorische Wirkung durchgeführt, ist er wegen seiner dysfunktionalen Auswirkungen unlauter.

#### d) Preisliste

##### α) Allgemeine Preislistentreue

In der Veröffentlichung einer Preisliste könnte die Zusicherung gesehen werden, dass die aufgelisteten Produkte nur zum Listenpreis verkauft werden<sup>346</sup>. Aber "das Vertrauen ... auf die Preislistentreue ist nicht schutzwürdig"<sup>347</sup>. Eine andere Auffassung würde zu einer unerträglichen Wettbewerbserstarrung, einem Zwangskartell, führen. Insbesondere kann auch in der Preisanschreibungsspflicht aufgrund der Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen<sup>348</sup> keine Grundlage für eine Pflicht zur Preislistentreue gesehen werden.

Unabhängig von der - verneinten - Bindung an die eigene Preisliste sagt diese jedenfalls nur über den Preis der Listenprodukte, nicht aber über den anders markierter Produkte etwas aus. Auch der listentreue Anbieter bleibt in der Preisgestaltung bezüglich anderer Varianten seiner Produkte frei.

##### β) Werblich zugesicherte Preislistentreue

Wenn der Anbieter öffentlich versichert hat, nur zu Listenpreisen zu kontrahieren, schafft er ein berechtigtes Vertrauen. Diese Zusicherung wird dann unlauter, wenn er dasselbe Produkt noch unter einer andern Marke zu einem andern Preis vertreibt, und wenn die Einschätzung der andern Variante durch das Publikum nicht durch deutliche verschiedene Zusatzleistungen bestimmt wird<sup>349</sup>.

345 Anders Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 RN 17, § 3 RN 3 102; Bergau, S.41ff.

346 Dazu Bergau, S.92; Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.114.

347 Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 RN 237 m.w.H.

348 Verordnung des Bundesrates vom 11.12.1978, SR 942.211, gestützt auf Art.20a aUWG, zur Zeit in Revision, neu gestützt auf Art.16, 17 und 20 revUWG.

349 S.o. c).

### e) Markenartikel

Die Erwartung eines eingeleisigen Vertriebs ist untrennbar mit dem Markenartikel als speziellem Marketingkonzept<sup>350</sup> verbunden. Dass auch der Vertrieb eines Produkts mit einer Marke ohne Attraktionskraft zum Vertrauen auf eingeleisigen Vertrieb berechtige, steht nicht zur Diskussion<sup>351</sup>.

Wie oben ausgeführt beinhaltet keine der gebräuchlichen Markenartikeldefinitionen eine Pflicht zum eingeleisigen Vertrieb. Zudem erbringen Produktvarianten mit bekannten Marken Zusatzleistungen gegenüber solchen ohne oder mit unbekannten Marken. Einem Markenartikelhersteller ist deshalb ein preisdifferenzierender zweigleisiger Vertrieb ohne dysfunktionale Folgen nicht verboten.

### f) Offener oder verdeckter zweigleisiger Vertrieb

Beim offenen zweigleisigen Vertrieb bekennt sich der Anbieter zu beiden Varianten, beim verdeckten zweigleisigen Vertrieb wird eine Variante markenlos, unter einer anonymen Phantasie Marke oder der Marke eines Dritten in den Verkehr gebracht.

Verschiedene Autoren halten den offenen zweigleisigen Vertrieb mit unterschiedlichen Preisen ohne Zusatzleistungsdifferenz in jedem Fall für unlauter<sup>352</sup>. Die Erwartung, mit dem Preisunterschied sei ein Qualitätsunterschied verbunden, sei darum berechtigt, weil sich der Anbieter zu allen Varianten bekenne.

Dem kann aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden: Der offene zweigleisige Vertrieb vermehrt genauso wie der verdeckte die Auswahlmöglichkeiten der Nachfrager, wobei die Senkung der Markttransparenz geringer ausfällt als beim verdeckten. Dadurch wird die Enttäuschung der Erwartung partiell aufgewogen, welche die Nachfrager der höherpreisigen Variante erleiden. Ein Verbot nur des offenen zweigleisigen Vertriebs würde auch funktional erwünschte Formen des zweigleisigen Vertriebs (zur Markterkundung etc.) ausschalten. Und ein solches beschränktes Verbot würde gerade die Form, bei welcher der Leistungsvergleich noch am leichtesten möglich ist, zugunsten anderer Formen verdrängen, welche die Marktübersicht noch stärker erschweren. Im Einzelfall hingegen, etwa wenn in der

350 § 5 B.

351 So ausdrücklich Bergau, S.65.

352 Bergau, S.49 (als Täuschung der Mitbewerber, S.65 (generell); Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.92f. (differenzierend dagegen S.122); Stöhr, S. 196f.; ebenso Baumbach/Hefermehl, UWG § 1 RN 18, die es für wettbewerbswidrig halten, die Verbrauchervorstellung, die teurere Ware sei die bessere, durch einen zweigleisigen Vertrieb zu eigenem Vorteil auszunutzen, ohne dass die Waren tatsächlich ins Gewicht fallende Unterschiede aufweisen.

Werbung auf inexistente Unterschiede Bezug genommen wird, kann mit dem offenen zweigleisigen Vertrieb eine Verletzung des wettbewerblichen Wahrheitsgrundsatzes verbunden sein. Ferner kann er als langfristige Preisdiskriminierung dysfunktional und unlauter sein.

### III. Täuschung bezüglich einzelproduktbezogener Eigenschaften

#### 1. Allgemeines

Eine Täuschung ist dann wettbewerblich relevant, wenn sie gegenüber einem täuschungsfreien Angebots zu erhöhten Nachfragerpräferenzen<sup>353</sup> nach dem Produkt führt, bezüglich dessen getäuscht wird.

Im Zusammenhang mit dem zweigleisigen Vertrieb bedeutet dies, dass der Käufer wegen der Täuschung eine bestimmte Variante stärker präferiert. Wenn ihm die Basisproduktidentität mit einer andern Variante bekannt gewesen wäre, hätte er höhere Präferenzen entweder für ein Drittprodukt oder für die andere Variante entwickelt. In den nachfolgenden Überlegungen befassen wir uns mit der Täuschung bezüglich einzelproduktbezogener Eigenschaften, welche die Präferenzen gegenüber Drittprodukten, **nicht** gegenüber den andern Varianten des zweigleisigen Vertriebs, ansteigen lässt.

#### 2. Täuschung bezüglich verschiedener Eigenschaften

Die Unlauterkeit kann in der Art liegen, wie bei den Nachfragern bezüglich einer Produktvariante eine bestimmte Produkteinschätzung hervorgerufen und Präferenzen verstärkt werden. Dies kann durch spezifisch unlautere Mittel, z.B. durch Täuschung, Ausbeutung fremden Rufs oder suggestive Beeinflussung<sup>354</sup> geschehen.

353 Die Präferenzen haben wir oben (§ 4 A II.) als relative Grösse definiert, als Summe der Widerstände, die der Nachfrager maximal zu überwinden bereit ist, um ein bestimmtes Produkt anstelle eines andern, nicht präferierten zu erhalten.

354 Dazu Baudenbacher, Suggestivwerbung, spez. S.56ff. mit einem psychoanalytischen Ansatz; Kroeber/Riel, Konsumentenverhalten, insb. S.244f. Mylaeus, mit einem auf die Verbraucherpersönlichkeit bezogenen Ansatz; Schluep, Wirtschaftsrechtliche Aspekte.

355 1948 TC. § 62,334 (E.D.Pa.).

Diesbezüglich sehr deutlich ist der Fall U.S. et al.v. Rohm & Haas Co.<sup>355</sup>, der einen vom Beklagten zweigleisig vertriebenen Kunststoff zum Gegenstand hat. Die unwahre Aussage über jene Variante dieses Kunststoffs, die zur Verwendung für industrielle Zwecke bestimmt war, sie enthalte einen giftigen Zusatz, hätte an sich keine wettbewerbliche Bedeutung gehabt und keine Täuschung bewirkt. Sie wurde erst dadurch wettbewerbsrelevant, dass eine zweite Variante des Produkts zu einem Vielfachen des Preises der Industrie-Variante als Zahnfüllmaterial an Zahnärzte verkauft wurde.

Mit derartigen Fällen der mit einem zweigleisigen Vertrieb verbundenen Unlauterkeit befassen wir uns im folgenden nicht, weil dabei die Unlauterkeit nicht in der Tatsache oder der Art der Durchführung eines zweigleisigen Vertriebs liegt.

### 3. Täuschung bezüglich spezifischer Vorteile der Eingleisigkeit

In den Augen gewisser Nachfrager ist der eingleisige Vertrieb selbst ein spezifischer Vorteil eines Produkts, so dass für ein nur unter einer Marke vertriebenes Produkt höhere Präferenzen als für ein zweigleisig vertriebenes bestehen.

Wenn die Nachfrager erwarten dürfen, dass ein Produkt nur in einer Variante angeboten wird, vermindert dies ihr wahrgenommenes Risiko beim Kaufentscheid, weil sie der Mühe enthoben sind, eine weitere (billigere) Variante zu suchen (Komplexitätsreduktion). Und das Gefühl, eine einmalige Produktionspersönlichkeit gekauft zu haben, vermittelt ihnen einen immateriellen Zusatznutzen (snob appeal).

Die **Einzigartigkeit** eines Produkts spielt vor allem bei preislich und imagenmässig hoch positionierten Produkten eine Rolle. Der Kauf eines Produkts, das trotz dieser Erwartungen in Wirklichkeit zweigleisig vertrieben wird, führt zu einer schlechteren Bedürfnisbefriedigung.

#### a) Verminderung des wahrgenommenen Risikos

Die Verminderung des wahrgenommenen Risikos kann vom Standpunkt des individuellen Käufers aus angenehm sein: Aber Emanzipation und Partizipation der Konsumenten bilden einen stabilisierenden Faktor im Wettbewerbszusammenhang, weshalb einzelne Autoren postulieren, zum Zwecke des Konsumenten(-selbst-)schutzes seien Risikobewusstsein und Informationsbedürfnis der Konsumenten durch das Wettbewerbsrecht zu erhöhen. Auch wenn man nicht so weit



gehen will, das Risikobewusstsein aktiv zu fördern, kann jedenfalls die Verminderung des wahrgenommenen Risikos kein lauterkeitsrechtlich schützenswertes Interesse sein<sup>356</sup>.

### b) Werbliche Einzigartigkeitszusicherung

Das Anbieten mehrerer Varianten eines zweigleisig vertriebenen Produkts kann mit irreführende Aussagen verbunden werden, die z.B. auf Einzigartigkeit und eingleisigen Vertrieb hindeuten.

Wenn der Anbieter eine Produktvariante mit einer ausdrücklich originalitätsbetonenden Werbung herausstellt: "Echt W", "Nur echt mit X", "Original Y", "Man verlange nur das echte Z"<sup>357</sup>, schafft er selbst die Grundlage für ein berechtigtes Vertrauen der Abnehmer in den eingleisigen Vertrieb eines Produkts. Dieses verletzt er, wenn er daneben eine anders markierte Variante günstiger anbietet.

Ebenso verhält es sich, wenn mit den Mitteln der Werbung im Bewusstsein des Konsumenten eine intensive Markenbindung hervorgerufen wird, die einer implizierten Einzigartigkeitszusicherung gleichkommt<sup>358</sup>. Der Bruch eines berechtigten Vertrauens kann in diesen Fällen sowohl in der werblichen Einzigartigkeitszusicherung als auch im zweigleisigen Vertrieb gesehen werden.

### c) Markenartikel und Einzigartigkeit

Das Markenartikelkonzept umfasst, wie erwähnt, nicht begriffnotwendig eine Pflicht zur Eingleisigkeit<sup>359</sup>. Etwas anderes gilt nur dann, wenn durch spezielle Werbemaßnahmen im Einzelfall der Eindruck der Einzigartigkeit geschaffen wird. Nur in diesem Fall bedeutet der zweigleisige Vertrieb ein *Venire contra factum proprium*.

356 Ebenso Jacob-Steinorth, S.92.

357 Zu dieser Werbemethode Bergau, S.57.

358 Blume/Müller, Teil A, S.96: "Werbeaussagen, bei denen die einzigartige Leistung eines bestimmten Produktes einer Marke betont wird, obwohl das Produkt unter verschiedenen Markennamen angeboten wird, muss [recte: müssen] deshalb als fragwürdig erscheinen." Vgl. Baudenbacher, Suggestivwerbung, S.167.

359 § 4 B II.



#### **4. Folgerung**

Das mit dem eingleisigen Vertrieb verbundene kleinere Risikobewusstsein und die Zusatzleistung der Einzigartigkeit werden nicht durch den zweigleisigen Vertrieb an sich bedroht, sondern durch dessen Offenlegung. Weder die Anbieter noch die Konsumenten haben ein (subjektives) Interesse daran, dass der zweigleisige Vertrieb aufgedeckt wird. Bei einem dysfunktionalen zweigleisigen Vertrieb stehen die Interessen dieser unheilige Allianz jedoch den objektiv-gesamtwettbewerblich bestimmten Interessen gerade entgegen. In dieser Interessen-Uebereinstimmung liegt mit ein Grund dafür, warum der zweigleisige Vertrieb kaum diskutiert wird, sich keine Konsument(inn)enorganisation um diesbezügliche Aufklärung bemüht und keine einschlägigen Untersuchungen oder Gerichtsurteile bestehen.

### **IV. Täuschung bezüglich der Basisproduktidentität**

#### **1. Interesse an der kostengünstigen Bedarfsdeckung**

Vom Interesse am Kauf eines nur eingleisig vertriebenen Produkts zu unterscheiden ist das Interesse an der kostengünstigen Bedarfsdeckung. In diesem Fall hätte der Konsument ohne Täuschung die andere, billigere Variante präferiert.

Die naheliegende Wertung, die auch durch die Infratest-Umfrage<sup>360</sup> gestützt wird, dass der zweigleisige Vertrieb den Käufer der höherpreisigen Variante benachteiligt<sup>361</sup>, überzeugt nur auf den ersten Blick. Die Konsumenten kaufen nicht nur darum die teurere Variante, weil sie nichts von der billigeren wissen<sup>362</sup>. Kaufentscheidend sind nicht nur der (günstige) Preis, sondern auch die mit den Varianten verbundenen unterschiedlichen Zusatzleistungen, die spezifische Bedürfnisse befriedigen.

---

360 S.o. I.4.

361 So Bergau, S.75.

362 Dazu Stöhr, S.189f. m.w.H.

## 2. Unterschiedliche Zusatzleistungen der Produktvarianten

### a) Differenz der wahrgenommenen Produkteigenschaften <sup>363</sup>

Die Fälle des zweigleisigen Vertriebs, bei denen die unterschiedliche Produkteinschätzung auf den mit den Varianten verbundenen verschiedenen Zusatzleistungen wie z.B. Service, Beratung, Garantie, langfristige Verfügbarkeit von Ersatzteilen oder komplementären Produkten etc. beruht, stellen eigenständige Leistungsgesamtheiten mit speziellen Nachfragerpräferenzen dar. Ein solcher zweigleisiger Vertrieb dient der Befriedigung unterschiedlicher, spezifischer Bedürfnisse der Konsumenten.

Im **Alcro-Fall** verkaufte der schwedische Farbenhersteller Alcro denselben Lack sowohl unter seiner Marke "Alcro Trälack Blank" als auch unter der ebenfalls ihm gehörenden Marke "Skagerak Båtfernissa". Diese Variante wurde als "besonders geeignet für das Lackieren von Schiffen" angepriesen und zu 1/5 teurer verkauft. Der Schwedische Konsumentenombudsman klagte gegen Alcro vor dem Marktgericht gestützt auf das Gesetz über Marketing Praktiken.

Alcro verteidigte sich erfolgreich mit folgenden Argumenten: Sie hätte den Schiffslack erst nach speziellen Tests anbieten können. Der Schiffslack werde in kleineren Mengen in speziellen Geschäften ausschliesslich im Frühling gekauft, der normale Lack dagegen das ganze Jahr in grösseren Mengen. Mit diesem zweigleisigen Vertrieb sei es ihr gelungen, neu in den Markt für Bootslacke einzutreten und dort den Wettbewerb zu intensivieren<sup>364</sup>.

Nach der hier vertretenen Meinung ist der Preisunterschied durch die unterschiedlichen Zusatzleistungen (Tests, spezielle Verkaufsstellen, saisonal schwankender Absatz) legitimiert. Für den Marktgerichtshof war dagegen entscheidend, dass der Preisunterschied den unterschiedlichen Kosten bei der Produktbereitstellung entsprach.

### b) Image-Differenz

Bei einer Image-Differenzierung stützen sich die unterschiedlichen Präferenzen der Nachfrager auf eine jeweils unterschiedliche produktbezogene Einstellung. Das mit der Marke verbundene Image der Varianten wird durch Preis, Produktaufmachung, Verkaufsstellenimage etc. unterstützt. In diesem Zusammenhang ist vor allem der Geltungsnutzen relevant, der mit dem "demonstrativen Konsum" bestimmter Güter

<sup>363</sup> Zu den wahrgenommenen Produkteigenschaften als Gegensatz zum Produktimage s. § 5 A II.1.  
<sup>364</sup> Dazu Bernitz, Brand Differentiation, S.31 ff.

verbunden ist<sup>365</sup>. Gegen die Image-Differenzierung als "willkürliche Produktdifferenzierung" richten sich die stärksten Angriffe im Zusammenhang mit der verbraucherrechtlichen Kritik am zweigleisigen Vertrieb.

Die Marke hat neben der Funktion als Trägerin eines Geltungsnutzens auch Funktionen als Entscheidungshilfe<sup>366</sup> und Qualitätsgarantie<sup>367</sup>. Die Marke wirkt als Komplexitäts- und risikoreduzierende Schlüsselinformation<sup>368</sup>. Ein auf die bekannte Marke oder den hohen Preis als Qualitätsgarantie vertrauender Konsument steigt, wenn die (teurere) Markenartikelvariante vom Markt verschwindet, eher auf einen andern bekannten Markenartikel als auf die weniger bekannte Billigvariante um<sup>369</sup>.

Zusatzleistungen im Bereich des Image und der Risikoverminderung stellen darum eigenständige Produktleistungen dar. Wenn die Marke mit Attraktionskraft verschwände, würde sich die Bedürfnisbefriedigung verschlechtern. Der Käufer, der eine Variante wegen dieser Zusatzleistungen wählt, kauft auch dann nicht die andere (billigere) Variante, wenn er die Basisnutzenidentität kennt.

### c) Folgerung

"Who decides what is good for whom?"<sup>370</sup> Jede Aussage darüber, welche Nutzenform ihren Preis objektiv Wert sei und welche nicht, impliziert, dass wir die menschlichen Bedürfnisse in eine geordnete und bewertete Reihenfolge bringen und wir die einen gegenüber den andern als minderwertig einstufen<sup>371</sup>. Das "Verbraucherverhalten [ist] nicht allein am Rationalitätskalkül orientiert"<sup>372</sup>. Es ist nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts, die Befriedigung von 'irrationalen' Prestigebedürfnissen durch Zusatzleistungen im immateriellen Bereich zu unterbinden<sup>373</sup>.

---

365 Dazu aufschlussreich BGE 105 II 297ff.(301).

366 S. § 6 B I.

367 Es handelt sich um wirtschaftliche, nicht um rechtliche Funktionen. S. § 9.

368 Ähnlich Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.85; Stöhr, S.190. S. § 6 C II.1.

369 Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.87 FN 332: "Durch das Gebot des eingleisigen Vertriebs ändert sich die Höhe der Risikoprämie [die der Verbraucher für den Markenartikel zahlt] jedoch nicht, sondern lässt sich nur erreichen, dass dem Verbraucher nicht so leicht bewusst wird, dass er eine hohe Risikoprämie zahlt."

370 Mylaeus, S.118.

371 Gerd Eichler/ Gerhard Scherhorn, in: Scherhorn et al., Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik, Göttingen 1975, S.2ff-29, Maslow, Motivation und Persönlichkeit, S.74ff., dessen Hypothese einer Hierarchie der Bedürfnisse, wonach die "höheren" Bedürfnisse erst dann in Erscheinung treten, wenn die "niederen" Bedürfnisse zumindest teilweise befriedigt sind, als "rein normativ" bezeichnet und heftig kritisiert worden ist. Ausführlich dazu m.w.H. Druey, Interessenabwägung, S.144. Hart/Joerges, Verbraucherrecht, S.92ff. und 180; Im Oberdorf, S.235ff.; Kroeber/Riel, Konsumentenverhalten, S.335-348; Mylaeus, S.164ff.; Simitis, Verbraucherschutz, S.111.

372 Simitis, Verbraucherschutz, S.111.

373 So Schluep, Kartellrechtliche Grenzen, S.541 mit FN 58; anders Vanzetti, Equilibrio, S.272.

Ein derartiges Ziel liesse sich auch nicht mit einer funktionalen Methode begründen: Das Wettbewerbssystem hindert niemanden daran, seine (vernünftigen oder unvernünftigen) Individualziele selbst festzulegen und zu verfolgen, so lange diese mit dem Gesamtsystem vereinbar sind. Dem Konsumenten darf nicht ein vordergründig-fremdbestimmtes "rationales" Verhalten aufgezwungen werden. Der Grad der Konsumenten-souveränität steigt nicht dadurch, dass alte Schlüsselinformationen (Preis, Marke) gegen neue (objektiv- technische Detailangaben, Warentest-Prädikate<sup>374</sup>) eingetauscht werden. Und auch der partizipatorisch-emanzipatorische Versuch, dem Konsumenten die beim Kauf vermeidbaren Risiken bewusster zu machen und dadurch seinen spezifischen, bedürfnisbezogenen Informationsbedarf zu wecken<sup>375</sup>, stösst an enge Grenzen. Es kann nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts sein, die Konsumenten zu einer andern Gewichtung der Informationseinheiten zu bringen oder ihr Informationsbeschaffungsbedürfnis zu verstärken. Diese Aufgabe müsste durch eine selbständige Verbraucherpolitik<sup>376</sup> erfüllt werden, deren rechtliche Ausgestaltung erst noch zu bestimmen wäre<sup>377</sup>.

### 3. Produktvarianten ohne Zusatzleistungsdifferenz

#### a) Prinzip

Der Konsument entwickelt für die Varianten dann keine unterschiedlichen Präferenzen, wenn keine entscheidende Zusatzleistungsdifferenz besteht oder diese als marginale Produktdifferenzierung keine unterschiedlichen Präferenzen weckt und nicht Ursache für die Preisdifferenz bildet.

Der Konsument ist in diesem Fall nur darum bereit, für eine Variante mehr zu bezahlen, als für die andere, weil er sie aufgrund der Senkung der Markttransparenz nicht als alternative Möglichkeiten der Bedarfsdeckung erkennt.

#### b) Ausnahme: Sortiment als Gesamtleistung

Die Konsumenten präferieren eine Variante ohne spezielle Zusatzleistungen auch

374 Kritisch zu Globalurteilen in Warentests auch Heyden, Warentest, S.5.

375 Dazu Mylaeus, S.225ff. und Scherhorn et al., Verbraucherinteressen, S.218.

376 Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.46; Kramer, S.56ff.; Scherhorn/Brune, in: Scherhorn et. al, Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik, spez. S.94ff, 105ff.

377 Die unterschiedlichen Präferenzen können auch auf Leistungen beruhen, welche der Absatzmittler bei der Produktbereitstellung einer Variante erbringt (Service, Verkaufsstellenimage etc.), dem sog. sekundären Zusatznutzen. S. § 16 A II.2.

378 Ein derartiger zweigleisiger Vertrieb ist regelmässig mit einer Vertriebswegdifferenzierung verbunden.

dann, wenn sie Teil eines Gesamtangebots bildet, das für sie vorteilhaft ist<sup>378</sup>. Sie stellen eine Präferenzen-Mischrechnung an: "Wenn ich das Gemüse in der Migros billiger oder in einem reichhaltigeren Sortiment einkaufen kann als anderswo, nehme ich auch gleich die Konserven mit."<sup>379</sup>

Die Preisdifferenzierung wird durch die Einbindung in das jeweilige Gesamtsortiment, den Warenkorb, ermöglicht. D.h. der **Warenkorb-Effekt** verstärkt die mit der unterschiedlichen Markierung verbundene Senkung der Markttransparenz. Wenn dieser Effekt ausgenützt wird, um eine langfristige dysfunktionale Preisdifferenzierung durchzuführen, ist dies als unlauter zu beurteilen.

Für die rechtliche Bewertung des Warenkorb-Effekts im Rahmen des zweigleisigen Vertriebs als einheitliche Strategie fehlt allerdings in dem häufigsten Fall, in dem er mit einer Vertriebswegspaltung<sup>380</sup> verbunden ist, der einheitliche Adressat.

Unabhängig von der Preisstellung der andern Variante bildet das Ausnutzen dieses Warenkorb-Effekts ein Element der Unlauterkeit, insofern es über eine erlaubte Mischrechnung innerhalb des Sortiments hinausgeht<sup>381</sup>.

### c) Folgerung

Wenn die teurere Variante ohne Zusatzleistungen im Gesamtangebot durch die billigere ersetzt würde, stiege für den Konsumenten die Markttransparenz, ohne dass sich die Bedürfnisbefriedigung verschlechtern würde. Wenn ein Verbot des zweigleisigen Vertriebs diese Folge mit sich bringt, ist es einem fortgesetzten zweigleisigen Vertrieb funktional vorzuziehen. In den meisten Fällen führt aber ein Verbot zum Verschwinden der billigeren<sup>382</sup> Variante. Dadurch würden die Auswahlmöglichkeiten der Konsumenten zulasten der tiefpreisbewussten Konsumenten eingeschränkt, ohne dass die schützenswerten Interessen<sup>383</sup> der marken- und hochpreisbewussten Konsumenten dies nötig machen würden.

---

379 Peyer, "Rennen, rennen, rennen", S.26.

380 S. § 4 C III.

381 Zur Mischkalkulation s. § 8 D I.2.

382 Dazu ausführlicher u. C II.

383 Ausgenommen der Fall von o. II.4.b).



## C      **Andere Unlauterkeitsgründe**

### I.      **Ausnutzen vorbestehender unterschiedlicher Produkteinschätzungen**

#### 1.      **Vortäuschen von Wettbewerb**

Ein zweigleisiger Vertrieb kann so durchgeführt werden, dass ein Unternehmen oder mehrere verbundene Unternehmen durch das Anbieten verschiedener Varianten<sup>384</sup> einen funktionierenden Wettbewerb vortäuschen, der in Wirklichkeit nicht besteht. Dies ist dann lauterkeitsrechtlich unbeachtlich, wenn die Varianten ohne Preisunterschiede<sup>385</sup> oder mit deutlicher Zusatznutzendifferenz vertrieben werden. Einen selbständigen Unlauterkeitsgrund kann das Vortäuschen von Wettbewerb nur in den Fällen bilden, in denen eine Variante nicht als echte Alternative gemeint ist<sup>386</sup>, sondern das Bestehen von Alternativen nur vortäuschen soll, und wenn auf die jeweils andere Variante hingewiesen wird, um die Erstmarke in den Augen der Nachfrager vorteilhafter erscheinen zu lassen<sup>387</sup>. Ebenso ist zu entscheiden, wenn die zweite Marke nur ein werbliches "Lockmittel" darstellt, die Käufer in Wirklichkeit aber nur die (teurere) Erstmarke erhalten<sup>388</sup>.

Wenn auf einem bestimmten Markt wirksamer Wettbewerb und hohe Markttransparenz herrscht, bildet das Anbieten verschiedener Varianten an sich kein unlauteres Vertäuschen von Wettbewerb, weil der Markt selbst über den Erfolg der Produktpositionierungen entscheidet. Anders wenn der Anbieter über eine weitgehend monopolistische Position verfügt. In diesem Fall liegt dann ein unlauteres Vortäuschen von Wettbewerb vor, wenn der zweigleisige Vertrieb funktional negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität hat<sup>389</sup>. In allen andern Fällen bedeu-

384      Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 RN 18; Bergau, S.86ff., 79; Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.68ff., 79, 93f. mit Beispielen aus der amerikanischen Praxis.

385      § 4 C III.2.

386      Insbesondere kann das Weiterführen einer Traditionsmarke (§ 4 C I.5.) nicht als unlauter betrachtet werden, auch wenn damit Hinweise auf einen - als solchen nicht mehr bestehenden - selbständigen Produktionsbetrieb weitergeführt werden.

387      Zu den Formen von zweigleisigem Vertrieb, die den Grundsatz von Treu und Glauben im Rahmen eines Submissionsverfahrens verletzen, s. § 13 C II.3.

388      Diese Ueberlegung lag anscheinend dem Entscheid Albert L. Hilkemeyer und Leonard Hilkemeyer, 26 F.T.C. 953 (1937) zugrunde, in dem den Geflügelzüchtern Hilkemeyer verboten wurde, ihre Hühner gleichzeitig unter der Erstmarke "Dixie Hatcheries" und - billiger unter der Zweitmarke "Jefferson Farms" anzupreisen und zu verkaufen. Ebenso der oben B II.4.c) erwähnte Schweinefett-Entscheid.

Im Entscheid des Reichsgerichts vom 26.1.1926 (JW 55 [1926] S.1549ff. mit zustimmender Anmerkung von Seligsohn) wurde es als unlauter beurteilt, dass die beiden Firmen des Beklagten, der über ein Monopol für Schreibmaschinen-Typen verfügte, jeweils auf die von der andern Firma geforderten Preise als "Konkurrenzpreise" Bezug nahmen.

389      S. § 8 C III.

tet der zweigleisige Vertrieb aber, dass ein Minimum an Auswahlmöglichkeiten aufrechterhalten bleibt.

## 2. Vortäuschen einer renommierten Herkunft

Beim produktionsrationalisierenden zweigleisigen Vertrieb wird ein Produkt unter einer Herstellermarke angeboten, obwohl das betreffende Produkt nicht aus dem Fabrikationsbetrieb stammt, zu dem diese Marke gehört. U.U. handelt es sich dabei um einen renommierten Herstellungsbetrieb und eine Marke mit hoher Attraktionskraft. Mit dieser **"Irreführung über die Funktionsstufe"** verwandt ist diejenige über die geographische Herkunft, wenn ein unter der Marke eines Schweizer Unternehmens vertriebenes Produkt von einem ausländischen Produzenten hergestellt wird.

Diese Irreführung<sup>390</sup> der Konsumenten beruht nicht auf dem zweigleisigen Vertrieb an sich, sondern auf dem Zukaufen nicht selbst hergestellter Produkte durch ein als Produzent bekanntes Unternehmen. Durch die Verwendung einer Herstellermarke für Waren aus Drittproduktion können die einzelproduktbezogenen Präferenzen der Nachfrager steigen. Unlauter<sup>391</sup> ist dieses Verhalten nur dann, wenn der Anbieter in seiner Werbung und Produktankündigung auf eigene Produktion hinweist: "Möbelfabrik", "Weingut", "Direkt ab Fabrik", "Aus eigener Fabrikation"<sup>392</sup>. Prinzipiell genügt es, wenn der Markenrechtsinhaber die "sponsorship" im Sinne des einheitlich verantworteten Ursprungs<sup>393</sup> für die von ihm markierten Produkte übernimmt. Die h.L. bejaht dagegen die Unlauterkeit schon dann, wenn die für Drittprodukte verwendete Marke auf ein Unternehmen hinweist, das im Verkehr allgemein als Fabrikationsbetrieb bekannt ist<sup>394</sup>.

## 3. Nachträgliches Entfernen der Marke

Bezüglich der konsumentenbezogenen Lauterkeit kann prinzipiell nichts darauf an-

---

390 So explizite Borck, Ueber "geheime Handelsmarken", S.259.

391 Zu diesem Problem umfassend Tietgen, speziell S.149ff. und 177ff., mit Darstellung der strengen deutschen Praxis; Baumbach/Hefermehl, UWG Einl., RN 7f.; Jürgen Heiske, Fabrik- und Händlermarken, WRP 1976 S.282-285; Troller, IGR II, S.341 mit FN 405; BGH in GRUR 1957, S.348-350 ("Klasen-Möbel").

392 Oder wenn er Hinweise wie "Schweizer Firma" oder "Schweizer Produkt" verwendet, obwohl das Basisprodukt von einem ausländischen Produzenten hergestellt wird.

393 S. § 9 D II.

394 So die oben Zitierten und BAGE in PMMBI. 1967 I, S.54ff.

kommen, ob der zweigleisige Vertrieb durch einen Absatzmittler mit oder gegen den Willen des Herstellers durchgeführt wird: Ist der zweigleisige Vertrieb an sich zulässig, so kann eine Täuschung des Publikums nicht damit begründet werden, dieser werde gegen den Willen des Herstellers oder eines anderen Markierenden durchgeführt, etwa indem die ursprüngliche Marke<sup>395</sup> beseitigt und das Produkt markenlos oder unter einer neuen Marke angeboten wird.

Ist der zweigleisige Vertrieb, der gegen den Willen des Produzenten durchgeführt wird, an sich unlauter, z.B. wegen einer speziellen Einzigartigkeitszusicherung des Produzenten in seiner Werbung, so entsteht ein Interessenkonflikt zwischen den beteiligten Marktakteuren. Entweder der Produzent oder der Absatzmittler handelt unlauter. Nach der hier vertretenen Meinung genießt der Produzent aufgrund seiner für die Produktbereitstellung primären Leistung Priorität. Er kann nicht gezwungen werden, seine Werbung zu ändern, vielmehr können Hersteller und Konsumenten wegen Verletzung der Lauterkeit im Wettbewerb gegen den Absatzmittler einschreiten. Tut der Hersteller dies nicht, obwohl es ihm zumutbar wäre, so wird seine eigene originalitätszusichernde Werbung unlauter<sup>396</sup>.

## II. Unlauterkeit durch Senkung der Markttransparenz

### 1. Zweigleisiger Vertrieb als Senkung der Markttransparenz

Die Einführung eines zweigleisigen Vertriebs **ohne deutliche Zusatzleistungsdifferenz** führt zu einer Senkung der Markttransparenz: Es wird den Nachfragern erschwert, die angebotenen Produkte und Produktvarianten als alternative Möglichkeiten der Befriedigung ihrer Bedürfnisse zu erkennen. Dies stellt eine **Veränderung eines Wettbewerbsparameters**, eine Abweichung vom Ideal des vollkommenen Wettbewerbs dar.

<sup>395</sup> Zur diesbezüglichen konkurrentenbezogenen Behinderung s.u. D.V.

<sup>396</sup> Dazu Baumbach/Hefermehl, WZG, § 15 RN 40; dies., UWG, § 1 RN 187; Heinrich David, Kommentar, Art.4 N 13: Nach der Meinung dieser Autoren kann durch das Entfernen des Zeichens "der Verkehr irregeführt" werden, so dass das Verhalten auch unter dem Aspekt des Kundenfangs wettbewerbswidrig ist. An einer Irreführung i.S.v. § 3 dt.UWG fehle es jedoch meist, wenn die eine Variante markenlos veräußert werde. Nach der hier vertretenen Meinung kann auch der Vertrieb unter einer neuen Marke das Publikum nicht irreführen, wohl aber den ursprünglich Markierenden behindern und darum unlauter sein. S.u. D IV.  
Zum bei Kontrollmarken erlaubten, bei auf der Ware angebrachten Herkunfts- und Qualitätsmerkmalen verbotenen nachträglichen Entfernung § 10 B III.

## **2. Funktional positiv bewertete Fälle**

Diese Abweichung kann eine funktional erwünschte Veränderung des Marktverhaltens darstellen, wenn sie eine vorbestehende dysfunktionale Marktsituation kompensiert, wenn sie als evolutorische Wettbewerbshandlung zur Markterkundung dient und den Uebergang zu neuen, bedürfnisgerechteren Angebotsformen erleichtert, oder wenn sie die Wettbewerbsintensität in gesamtwettbewerblich erwünschter Weise beeinflusst.

Ein zweigleisiger Vertrieb mit Zusatzleistungsdifferenz senkt die Markttransparenz nicht oder kompensiert dies jedenfalls durch die verbesserte Befriedigung der Nachfragerbedürfnisse.

Anders bei einem preisdifferenzierenden zweigleisigen Vertrieb ohne funktional positive Auswirkungen und ohne Zusatzleistungsdifferenz: Diesfalls steht der negativ zu bewertenden langfristigen Senkung der Markttransparenz als positiver Faktor nur gerade die Tatsache gegenüber, dass sich die preislichen Auswahlmöglichkeiten der Konsumenten erweitern.

Bei der Bewertung ist zu unterscheiden: Wenn als Folge des Verbots eines derartigen zweigleisigen Vertriebs die preisgünstigere Variante aus dem Angebot verschwindet, hätte dieser Entscheid funktional negative Folgen. Ein derartiger zweigleisiger Vertrieb ist also nicht als unlauter zu bewerten.

## **3. Funktional negativ bewertete Fälle**

Anders fällt die Beurteilung aus, wenn die Positionierung der höherpreisigen Variante bereits gefährdet und der Anbieter die zweite Variante dazu verwendet, die Stellung der ersten abzusichern. Unter solchen Umständen ist zu erwarten, dass als Folge des Verbots des zweigleisigen Vertriebs die teurere Erstmarke verschwinden oder sich in der Positionierung nach unter der Zweitmarke angleichen wird. In diesem Fall hat ein Verbot des zweigleisigen Vertriebs funktional positive Folgen; er ist also als wettbewerbsverfälschend und unlauter zu betrachten.



## D Konkurrentenbezogene Unlauterkeit

### I Verletzung einer Verkehrsanschauung

#### 1. Keine einheitliche Verkehrsanschauung unter Anbietern

Unternehmen mit einer marktdominierenden Position sehen den zweigleisigen Vertrieb als wünschbares Instrument ihrer Absatzpolitik, das sie dazu einsetzen, ihre gewinnmaximierende Absatzpolitik durchzusetzen. Und auch Anbieter, die froh darüber sind, durch die Herstellung einer zweiten Produktvariante ihre unbefriedigende wirtschaftliche Situation (Ueberschneidung, schlechte Ertragslage) verbessern zu können, beurteilen den zweigleisigen Vertrieb positiv.

Aber andere Anbieter mit mittlerer Marktstärke, die darum kämpfen, die Marktposition einer (Erst-)Marke aufzubauen oder zu bewahren, lehnen den zweigleisigen Vertrieb ab<sup>397</sup>. Diese Anbieter sehen ihn als **Gefährdung des guten Rufs** der gesamten Markenartikelindustrie, weil er zur Zerstörung des Vertrauens in die Einzigartigkeit der als Markenartikel angebotenen Leistung führe.

Ihre gesplante Haltung verhindert das Entstehen einer alle Anbieter umfassenden Anschauung, so dass die Frage nicht diskutiert zu werden braucht, ob der zweigleisige Vertrieb als sogenannte "**Berufsstandsvergessenheit**" lauterkeitsrechtlich zu missbilligen sei<sup>398</sup>.

#### 2. Priorität der funktionalen Beurteilung

Selbst wenn in einer bestimmten Branche das Bestehen einer allgemeinen Anschauung nachgewiesen werden könnte, wonach ein Markenartikel nicht zweigleisig vertrieben werden dürfe, müsste diese funktional überprüft werden<sup>399</sup>. Führt ihre Berücksichtigung im konkreten Fall zu funktional positiven Folgen, oder zielt sie nur auf die bestmögliche Wahrung der eigenen Vermögensinteressen ab? Nur im ersten Fall wäre die Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zulässig.

397 Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.17, ging noch von einer einheitlich ablehnenden Einstellung der Markenartikelproduzenten aus.

398 Dazu Bergau, S.116ff.; Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.116ff.; Stöhr, S.204ff.; allgemein zur lauterkeitsrechtlichen Bedeutung der Berufsstandsvergessenheit Baumbach/Hefermehl UWG, § 1 RN 529, 563ff.

399 Sinngemäß ebenso Stöhr, S.204ff.; Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.104ff.



## II. Unlauteres Schmarotzen

Den zweigleisig vertreibenden Anbietern wird vorgeworfen, ihr Absatzsystem stelle ein unlauteres Schmarotzen am "Gesamtgoodwill der Markenartikelindustrie" dar<sup>400</sup>. Eine derartige Rufausbeutung könnte darin bestehen, dass der zweigleisig Anbietende durch seine Erstmarke von Erwartungen des Publikums über deren Markenartikelqualität profitierte, die er durch den zweigleisigen Vertrieb enttäusche<sup>401</sup>. Dies wäre nur dann der Fall, wenn zum Markenartikelbegriff untrennbar das Merkmal des eingeleisigen Vertriebs gehören würde, was, wie oben dargestellt<sup>402</sup>, nicht zutrifft.

## III. Täuschung der Mitbewerber

Der zweigleisige Vertrieb ermöglicht einen verdeckten Preiswettbewerb, der von den Konkurrenten als unangenehm empfunden wird. Die Erwartung der Konkurrenten, dass ein Anbieter nicht zweigleisig vertreibt, jedenfalls nicht mit einer anders markierten Variante den im Oligopol eingespielten Preis unterbietet, ist nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Wettbewerb nicht berechtigt. Dies gilt auch dann, wenn der Anbieter die Erstmarke preisgebunden vertreibt oder eine diesbezügliche Preisliste veröffentlicht hat<sup>403</sup>. Gerade in solchen Fällen ist der verdeckte Preiswettbewerb zur Auflockerung des erstarrten Preisgefüges funktional erwünscht.

## IV. Behinderung

### 1. Prinzipiell keine direkte Behinderung

Die Mitbewerber werden durch den zweigleisigen Vertrieb in ihrem wirtschaftlichen Handeln nicht direkt behindert.

400 Dazu Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertriebs, S.112f.; Bergau, S.103.

401 UWG Art.3 lit.b revUWG. Bejahend Stöhr, S.203.

402 S.o. B II.4.f), III.3.c) und § 5 B.

403 Die Unlauterkeit bejahen als Täuschung der Mitbewerber durch zweigleisigen Vertrieb ohne Nutzendifferenz bei veröffentlichten Preislisten Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.113ff. (S.115 FN 435); generell bei preisgebundenen Produkten Bergau, S.92ff. (spez.S.94).

Die indirekte Behinderung der Konkurrenten durch den Partizipationseffekt zugunsten einer oder aller Varianten des zweigleisigen Vertriebs ist lauterkeitsrechtlich irrelevant.

## 2. Ausnahmsweise direkte Behinderung

Der zweigleisige Vertrieb kann als Grundlage eines Ressourcentransfers dazu dienen, mit einer Variante einen Konkurrenten durch gezielte Preisunterbietung zu behindern oder aus dem Wettbewerb zu verdrängen. Die entsprechenden Mechanismen wurden oben beschrieben; eine detaillierte Bewertung erfolgt unten im kartellrechtlichen Teil<sup>404</sup>.

## V. Spezialfälle der unlauteren Behinderung

Die im folgenden untersuchten Spezialfälle der wettbewerbsverfälschenden Behinderung können nicht durch einen Konkurrenten, sondern nur durch einen Abnehmer, genauer einen Absatzmittler durchgeführt werden. In der modernen gleichzeitig arbeitsteiligen und funktionsintegrierenden Wirtschaft können Unternehmen, die im einen Sektor als Abnehmer auftreten, in einem andern Sektor ihren Lieferanten als Konkurrenten gegenüberstehen. Und als Anbieter von Handelsmarkenartikeln können sie auch ohne eigenen Herstellungsbetrieb mit Produzenten konkurrieren.

### 1. Beseitigen der Marke

Wenn auf einem Produkt die Marke entfernt wird, berührt dies den Absatz des markierenden Unternehmens. Folgende Fälle sind zu unterscheiden: Handelt es sich um einen Markenartikel mit dominierender Marktposition und starker Attraktionskraft, der (potentiell) alle Konsumentengruppen erreicht, so wird die Nachfrage nach diesem Markenartikel nicht dadurch beeinflusst, dass in vereinzelten Fällen dessen Marke entfernt wird. Es besteht auch kein Interesse am Entfernen einer starken Marke, und der Markenrechtsinhaber könnte das Beseitigen der Marke durch einen Belieferungsstop unterbinden. Durch das Entfernen der Marke wird dieses Produkt in neuen Nachfragersektoren abgesetzt. Handelt es sich um

<sup>404</sup> Dazu Jacob-Steinort, S.11ff.; der die Behinderungsabsicht schon dann vermutet, wenn der Vertrieb über das zweite Gleis ein echtes Verlustgeschäft darstellt; Bergau, S. 101ff.; S. § 8 D I.2.a) und § 14 B III.1.

einen schwachen Markenartikel mit einer wenig bekannten Marke, so ist der Absatz kaum von der Markierung abhängig und wird jedenfalls durch das Beseitigen der Marke nicht stark behindert.

Anders sind die Fälle zu bewerten, in denen ein Unternehmen mit mittlerer Marktstärke am Aufbau oder der Wahrung der Marktstellung seiner Marke interessiert ist, aber durch einen marktmächtigen Absatzmittler, auf den er angewiesen ist, daran gehindert wird. Da der Markierende in diesem Fall durch das Entfernen der Marke von seinen Produkten gezielt behindert wird, kann eine unlautere Behinderung, unter Umständen eine Vorkehr i.S. von Art.6 KG vorliegen. Ob die Ware, deren Marke entfernt wurde, danach anonym oder unter einer neuen (Handels-) Marke in den Verkehr gebracht wird, bildet keinen Unterschied<sup>405</sup>.

## 2. Ankündigung einer "fremden" Marke

### a) Allgemeines

Während im markenrechtlichen Teil die Frage behandelt wurde, ob es zulässig sei, dass der Absatzmittler die zweite Produktvariante unter der Marke der ersten Variante anbiete, geht es hier um die Verwendung dieser Marke in der begleitenden Werbung, d.h. um nicht markenrechtlichen Gebrauch einer in diesem Sinn "fremden" Marke<sup>406</sup>. Darf ein Händler darauf hinweisen, das von ihm angebotene Produkt sei in seiner stofflich- technischen Struktur mit einem anders markierten Produkt identisch?<sup>407</sup> Diesen sog. "**Verkauf sub-rosa**" lauterkeitsrechtlich erlauben heisst, dem an sich prinzipiell zulässigen zweigleisigen Vertrieb zu Ungunsten des Herstellers und zu Gunsten des Händlers einen Schlag versetzen. Ihn verbieten bedeutet, die Durchsetzung eines zweigleisigen und selektiven Vertriebssystems mit lauterkeitsrechtlichen Sanktionen zu schützen.

405 Vgl. die Hinweise bei Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb, S.6 mit FN 16, S.59.

406 Das Bundesgericht folgert aus der Definition des markenmässigen Gebrauchs in Art.1 Ziff.2 2.Halbsatz, dass eine Markenrechtsverletzung nach Art.24 lit.b MSchG nur dann vorliege, wenn auch der Verletzer die (fremde) Marke in diesem Sinn markenmässig verwende. Diese Rechtsprechung kritisiert Heinrich David, Kommentar, N 8, 9, 21 und 26, auch Lucas David, Supplement, N 8 und 9 zu Art.24. Die Frage ist im Rahmen der laufenden Revision des MSchG weiterhin kontrovers. Vgl. Maday, Bemerkungen zum Rohentwurf für das Markenschutzgesetz, S.23, mit einem Hinweis auf einen Vorschlag der Schweizergruppe der AIPPI: "Der Gebrauch muss in erkennbarem Zusammenhang mit den in Verkehr gesetzten Waren sowie der geleisteten Dienste erfolgen und auf diese hinweisen." Der Rohentwurf '85 enthält im einschlägigen Art.12 keine Bestimmung des markenmässigen Gebrauchs.

407 Dazu Jacob-Steinorth, S.54; zum Ankündigungsrecht nach § 15 WZG s. § 10 B II.1.b).

Die Interessenlage ist ähnlich wie bei der entsprechenden markenrechtlichen Frage<sup>408</sup>: Hat die Herstellermarke eine grosse Attraktionskraft, so verfügt der Hersteller über eine Marktposition, die es ihm erlaubt, den gegen seinen Willen sub rosa-verkaufenden Absatzmittler nicht mehr zu beliefern. Ist die Attraktionskraft der Herstellermarke gering, besteht an einem Verkauf sub rosa kein Interesse. Das Recht zu einem derartigen Verkauf sub rosa könnte nur in den Fällen ausgenützt werden, in denen der Hersteller dem Absatzmittler die Erstvariante nicht zur Verfügung stellen will, die Belieferung mit der Zweitvariante aber nicht verweigern kann.

Die markenrechtliche Begründung, die Verknüpfung eines Produkts mit einer Marke als Trägerin eines Kommunikationsvorgangs stehe nur dem Berechtigten zu, kann hier nicht unbesehen übernommen werden, denn die unterschiedliche Markierung bleibt bestehen. Aber neben die Zweitmarke tritt die werbliche Ankündigung der Erstmarke.

Das UWG schützt nach h.M. auch dann gegen die Ausbeutung fremden Rufes<sup>409</sup> durch Vorspannen einer fremden Marke, wenn das Publikum darüber aufgeklärt wird<sup>410</sup>, dass nicht jenes Produkt vorliegt<sup>411</sup>. Das Verbot des Vorspannens lässt sich auf den Verkauf sub rosa nicht ohne weiteres übertragen, denn das Vorspannen findet immer zwischen Waren unterschiedlicher betrieblicher Herkunft statt, während es sich hier um verschiedene Varianten eines Produkts derselben Herkunft und identischer stofflich-technischer Grundstruktur handelt. Beim Verkauf sub rosa wird ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass es sich um dasselbe Basisprodukt handelt.

Massgeblich ist aber sowohl beim Vorspannen als auch beim Verkauf sub rosa, dass trotz eines hinweisenden Zusatzes Verwechslungsgefahr besteht<sup>412</sup>, weil die Marke als Schlüsselinformation wirkt, neben der allfällige Zusätze in der Wahrnehmung der angesprochenen Konsumenten wirkungslos verschwinden<sup>413</sup>. Und in beiden Fällen unterscheiden die unterschiedlichen ursprünglichen Marken Verschiedenes: Dort Produkte von unterschiedlichen Herstellern, hier Produkte mit verschiedenem, jeweils einheitlich verantwortetem Ursprung.

---

408 § 10 B II.3.

409 Dazu Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 RN 473ff.

410 "Ersatz für X", "Gleich gut wie Y".

411 Heinrich David, Kommentar, N 25 zu Art.24, und auch Lucas David, Supplement, N 30a zu Art 24, vertreten die Ansicht, das MSchG schütze auch vor der Verwendung einer fremden Marke, wenn eine Irreführung des Publikums durch erklärende Zusätze verhindert wird, aber dennoch ein Form der Rufausbeutung vorliege.

412 So Heinrich David, Kommentar, N 25 zu Art.24.

413 So Schluep, Markenrecht, S.139f.



Nach der hier vertretenen Meinung wird die Kommunikationsfunktion der Marke durch die mit dem Verkauf sub rosa verbundene Rufausbeutung gestört. Der Verkauf sub rosa ist deshalb marken- und lauterkeitsrechtlich zu verbieten<sup>414</sup>.

b) Korrektur eines unlauteren zweigleisigen Vertriebs

Gilt das Verbot des sub rosa-Verkaufs auch dann, wenn der zweigleisig Vertreibende damit eine dysfunktionale Strategie verfolgt?

Zur Beantwortung dieser Frage stellen wir eine aus dem Kartellrecht bekannte Ueberlegung an: Die an sich kartellrechtswidrige Vorgehensweise kann durch Berufung auf überwiegend schutzwürdige Interessen gerechtfertigt werden, zu denen namentlich "die Gewährleistung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs" gehört (Art.7 Abs.2 lit.a KG). "Wird die Wettbewerbsfreiheit durch unlautere Machenschaften missbraucht, so ist dadurch der Wettbewerb ohnehin verfälscht. Derart verfälschter Wettbewerb kann ... nicht dem Grundsatz, sondern höchstens dem Mass nach nochmals verfälscht werden. Nur lauterer (und daher unverfälschter Wettbewerb) verdient es, vor Angriffen auf die Freiheit der Wettbewerber (und damit vor Verfälschungen) geschützt zu werden."<sup>415</sup>

Wenn ein Anbieter einen preisdiskriminierenden, dysfunktionalen zweigleisigen Vertrieb durchführt, hebt die werbliche Hervorhebung der Basisproduktidentität der beiden Marken durch den Absatzmittler die Dysfunktionalität auf. Der Verkauf sub rosa schneidet also im funktionalen Vergleich besser ab als die Marktsituation, in welcher die Preisdiskriminierung ungestört erfolgen kann. Es liegt ein Rechtfertigungsgrund für eine Handlung vor, die allgemein einer Fallgruppe der Unlauterkeit zugerechnet wird, im Einzelfall aber die unlautere Handlung eines Dritten konterkariert. Der Verkauf sub rosa ist somit ausnahmsweise lauterkeitsrechtlich erlaubt.

c) Als Behinderung oder Vorgehensweise

Auf die Basisproduktidentität wird nur in den Fällen hingewiesen, in denen die

---

414 So Schluep, Markenrecht, S.140; anders Heinrich David, Kommentar, N 23 zu Art.24, und die deutsche Rechtsprechung zur Ankündigung, S. § 10 B II.1.b). Etwas anderes kann nur für Produkte gelten, für die es eine allgemein gebräuchliche Sachbezeichnung nicht gibt, die Verwendung der Marke also die einzige Möglichkeit ist, die Sache zu benennen. Dazu Viragh, S.110.

415 Schluep, Wettbewerbsverfälschung, S.501 Dies entspricht der angelsächsischen "clean hands doctrine".



fremde Marke zwar einen ausbeutungsfähigen Ruf besitzt, aber der Anbieter nicht stark genug ist, um den Absatzmittler mit der Drohung einer Lieferverweigerung wirksam vom Verkauf sub rosa abhalten zu können. Wenn mit einer derartigen werblichen Ankündigung die lauterkeits- und kartellrechtlich einwandfreie Absatzstrategie des Anbieters unterlaufen wird, behindert der Absatzmittler diesen in seiner Entscheidungsfreiheit. Ein Verkauf sub rosa, der unter solchen Umständen von einem Kartell oder einer ähnlichen Organisation ausgeht, kann auch eine behindernde Vorgehensweise i.S. von Art.6 KG darstellen. Wird dagegen damit ein unlauterer oder kartellrechtswidriger diskriminierender zweigleisiger Vertrieb angegriffen, zeigt er wettbewerbsbelebende, funktional erwünschte Ergebnisse und ist der Rechtfertigung nach Art.7 Abs.2 lit.a KG zugänglich.

Die Fälle, in denen ein offener Hinweis auf die Basisproduktidentität erfolgt, sind selten, weil der Absatzmittler Reaktionen des Herstellers befürchtet. Es kann dem Absatzmittler, der Eigenmarken vertreibt, allerdings nur recht sein, wenn sich die Kunde von der Zweigleisigkeit im Publikum verbreitet<sup>416</sup>. Häufig weist der Absatzmittler in seiner Werbung nur auf die Baugleichheit des Handelsmarkenartikels mit irgendwelchen (Hersteller-)Markenartikeln<sup>417</sup>, hin, ohne dass die konkrete Quelle genannt würde. Dies ist lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden.

## **E Exkurs: Fragen der Rechtsanwendung**

### **I. Gründe für das Fehlen einer Rechtsprechung**

#### **1. Unwahrscheinlichkeit einer zivilprozessualen Beurteilung**

Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung der Hauptformen des zweigleisigen Vertriebs bewegt sich in einem rechtsprechungsfreien Raum. Die von den einschlägigen Monographien von Jacob-Steinorth, Bergau und Stöhr ausgeführten deutschen und amerikanischen Entscheide betreffen nur marginale Einzelfälle. Dafür gibt es verschiedene Gründe:

- 
- 416 Dem Schreibenden ist nur ein Fall einer derartigen Ankündigung bekannt geworden, nämlich ein Hinweis in einem deutschen Versandhauskatalog der Firma Quelle als Hinweis auf die Baugleichheit eines unter der Handelsmarke angebotenen Geschirrspülers mit dem Bauknecht-Modell (Hinweis von Kur/Hennig-Bodewig).
  - 417 Nach deutschem Recht zu pauschal als Irreführung des Publikums verboten. Vgl. dazu Baumbach/Hefermehl UWG, § 3 RN 173 - 178; BGH-Entscheid "Ia Markenware", DB 1965, S.966; dazu Stöhr, S.215ff; Ein Beispiel in: "Dank Eigenmarke freie Preisgestaltung", Wir Brückenbauer vom 3.12.1986.

- Der zweigleisige Vertrieb hat seinen Schwerpunkt im Austauschwettbewerb gegenüber den Konsumenten, der generell von der Rechtsprechung wenig ausgeleuchtet worden ist<sup>418</sup>.
- Der häufigste Fall des unlauteren zweigleisigen Vertriebs, der langfristig preisdiskriminierende zweigleisige Vertrieb, ist naturgemäss schwer zu erkennen.
- Das Nebeneinander von Hersteller- und Handelsmarke bietet nicht primär lauterkeitsrechtliche, sondern kartellrechtliche Probleme.

Jeder Entscheid über einen zweigleisigen Vertrieb würde immerhin bewirken, dass der zweigleisige Vertrieb als wirtschaftliche Erscheinung diskutiert und - jedenfalls bei einer Publikation des Entscheids - in einem weiteren Kreis bekannt würde. Es ist darum zu erwarten, dass ein konsequent zweigleisig vertreibender Beklagter den Abschluss eines Vergleichs der Ausfertigung eines begründeten Urteils vorziehen wird.

## **2. Unwahrscheinlichkeit einer verwaltungsrechtlichen Beurteilung**

Nachdem das Projekt, ein Klagerecht des Bundes im UWG zu verankern, aus politischen Gründen gescheitert ist, ist die Konstitutierung einer Verwaltungsbehörde, welche die Lauterkeit im Wettbewerb überwacht, auf absehbare Zeit nicht zu erwarten. Dabei wäre angesichts der schwachen zivilrechtlichen Auslotung der konsumentenbezogenen Unlauterkeit von einer verwaltungsrechtlichen Lauterkeitskontrolle gerade in diesem Bereich einige Erhellung zu erwarten. Die Möglichkeiten der systemkonformen Stabilisierung des Wettbewerbs mittels des UWG sind in diesem Bereich noch längst nicht ausgeschöpft.

Von einer verwaltungsrechtlichen Beurteilung einzelner Fälle des zweigleisigen Vertriebs wäre auch eine gewisse Pilotwirkung zu erwarten: Die darin geleistete Durchdringung und Bewertung dieser Erscheinung würde gegebenenfalls die Schwelle für die Bereitschaft, eine Zivilklage anhängig zu machen, senken und dem Zivilrichter Bewertungskriterien zur Verfügung stellen.

---

418 S.o. A I.2.c).

## II. Deklarationspflicht als Entscheidvariante

### 1. Zusätzliche Entscheidvarianten

Als Entscheidvarianten kommen nicht nur Verbieten oder Erlauben in Frage, sondern auch das Dekretieren einer Aufklärungspflicht: Dem zweigleisig vertreibenden Anbieter wird die Pflicht auferlegt, ausdrücklich auf die Basisproduktidentität von verschiedenen markierten Varianten hinzuweisen: "Stofflich-technisch identisch mit X", "Dieses Produkt ist baugleich mit Y", "Basiert auf derselben chemischen Formel wie Z". Eine solche Massnahme ist gestützt auf Art.9 Abs.1 lit.a und b revUWG denkbar, um eine bestehende Unlauterkeit zu beseitigen resp. eine drohende zu verbieten. Letzteres kann vor allem für eine Konsumentenschutzorganisation praktisch werden, die nach Art.10 Abs.2 lit.a revUWG klagt, um eine den Konsumenten drohende Unlauterkeit zu verhindern. Eine weitere Möglichkeit wird das Bundesgesetz über Konsumenteninformation<sup>419</sup> bieten.

Diesen Weg ist der Schwedische Marktgerichtshof gegangen, der auf Antrag des Konsumenten-Ombudsmannes die Firma Electrolux dazu verurteilte, einen Hinweis auf baugleiche in Schweden vertriebene Varianten eines Kochherds anzubringen<sup>420</sup>.

### 2. Angestrebte Ziele

Die Pflicht, ausdrücklich auf die Basisproduktidentität von verschiedenen markierten Varianten hinzuweisen, soll dem Konsumenten eine bessere Marktübersicht verschaffen. Die Befürworter einer solchen Deklarationspflicht erwarten, dass sich dadurch die Preisdifferenz zwischen den Varianten und die Risikoprämie für die Marken verkleinern. Eine derartige Deklaration kann sich in drei Richtungen auswirken.

- Der Konsument, der nicht an den Zusatzleistungen der teureren Marke, sondern nur an der Befriedigung seiner Grundnutzenerwartung interessiert ist, wählt die kostengünstigere Variante.
- Der Konsument, der an der Zusatzleistung der Einzigartigkeit interessiert ist, weicht auf Drittangebote aus.

419 Entwurf und Botschaft vom 7.Mai 1986 in: BBl 1986 II S.354ff.

420 Urteil auszugsweise in: Dines, Many brands - identical products, S.12, und Bernitz, Brand Differentiation Between Identical Products, S.36.

- Der vor allem an der problemlosen Bedarfsdeckung Interessierte überliest den Hinweis auf die Basisproduktidentität

### **3. Tatsächliche Wirkungslosigkeit**

Die Erwartungen, welche im schwedischen Elektrolux-Fall in dieses Vorgehen gesetzt wurden, haben sich nicht erfüllt. Der Hinweis wurde ins Kleingedruckte verdrängt; eine Aufklärungswirkung und dadurch bedingte Veränderungen im Verhalten der Konsumenten konnten nicht nachgewiesen werden.

### **4. Probleme der Informationsnutzung und -verarbeitung**

Es wurde oben<sup>421</sup> darauf hingewiesen, dass aufgrund der beschränkten Verarbeitungskapazität nicht nur komplexe, sondern auch mit der Schlüsselinformation inkohärente Informationen nicht bewusst zur Kenntnis genommen werden. Auch wenn die Deklaration aus dem Kleingedruckten herausgehoben wird, hat sie kaum eine Chance, entscheidendbestimmend zu wirken. Denn es reicht nicht aus, dass der Konsument die Marken der andern Varianten als Informationseinheit zur Kenntnis nimmt. Seine Entscheidung bestimmt die Deklaration nur dann, wenn sie die Marke aus der Rolle der Schlüsselinformation verdrängen kann. Der schwedische Konsumenten-Ombudsmann als Kläger hatte im genannten Electrolux-Fall denn auch beantragt, die betreffenden Informationen sollten in der Werbung und mittels eines Anschlags am Verkaufsort kundgetan werden. Er ist damit beim Marktgericht nicht durchgedrungen<sup>422</sup>.

Selbst wenn die Deklaration zur Kenntnis genommen wird, bleibt sie wegen der Schwierigkeit der Nutzung und Verarbeitung einer solchen Information in den meisten Fällen wirkungslos. Die Marken, auf die hingewiesen wird, sind den potentiellen Käufern häufig nicht bekannt. Und die betreffenden Produkte sind nicht in demselben Absatzkanal erhältlich. Der Aufwand, um Preis und Verkaufsstelle der andern Varianten zu erfahren, übersteigt darum das Mass an Energie, das der Konsument in einer Kaufsituation aufzuwenden bereit ist.

---

421 S. § 6 C II.3.

422 Dines, Many brands - identical products, S.12.

## 5. Reaktionen der Nachfrager und Konkurrenten

Wenn die Deklaration entscheidbestimmend wirkt, zerstört sie die getrennten Kommunikationskanäle. Dies hält den Anbieter davon ab, einen zweigleisigen Vertrieb überhaupt durchzuführen. Denn für diesen Fall befürchtet er eine Substitution zulasten der teureren Variante und negative Folgen für seinen Ruf bei den Konsumenten, vor allem aber rasche Reaktionen der Konkurrenten<sup>423</sup>, die den Wettbewerbsvorsprung aufgrund des zweigleisigen Vertriebs zunichte machen. Dadurch wird auch ein zweigleisige Vertrieb mit funktionalen Wirkungen unterdrückt.

## 6. Konflikt mit den Funktionen der Marke

Eine derartige Deklarationspflicht wird bei Varianten mit unterschiedlichen Zusatzleistungen dem Charakter der Varianten als unterschiedlichen Leistungsbündel nicht gerecht. Die Deklaration würde auf Ungleiches hinweisen. Für einen zweigleisigen Vertrieb mit Zusatzleistungsdifferenz kommt eine Deklarationspflicht demnach nicht in Frage. Generell muss der zweigleisig vertreibende Anbieter von der Deklarationspflicht befreit werden, wenn er nachweist, dass er unter einer Zweitmarke Produkte mit möglichen Qualitätsdifferenzen gegenüber der Erstmarke aufgrund saisonaler Schwankungen, weniger eingehender Qualitätskontrollen etc. vertreibt. In welchem Fall marginale stofflich-technische Produktdifferenzierungen ausreichen, um die Deklarationspflicht abzuwehren, ist im Einzelfall zu entscheiden.

## 7. Folgerung

Als wirkungsloses Alibi stellt die Deklarationspflicht keine Entscheidvariante dar. Wenn es gelingt, die Deklarationspflicht wirkungsvoll auszugestalten, kommt sie einem Verbot des zweigleisigen Vertriebs gleich. Sie käme darum nur in Betracht, wenn ein Verbot des zweigleisigen Vertriebs nicht möglich wäre, was praktisch nicht denkbar ist.

---

423 Vor allem in einer Situation der oligopolistischen Interdependenz.



### III. Fehlen eines Verantwortlichen

Den häufigsten Fall des zweigleisigen Vertriebs bilden die Fälle, in denen Hersteller- und Handelsmarken<sup>424</sup> nebeneinander angeboten werden und der jeweilige Markenrechtsinhaber die Absatzstrategie bestimmt. In diesem Fall ist die unterschiedliche Positionierung und die Preisdifferenzierung darauf zurückzuführen, dass die mit jeder Variante verfolgte Strategie von verschiedenen Marktakteuren unabhängig<sup>425</sup> festgelegt wird. Es fehlt für den Unlauterkeitsvorwurf also der einheitliche Adressat<sup>426</sup>. Denn ein zweigleisiger Vertrieb als einheitliches Vertriebssystem<sup>427</sup> kann nur dann unlauter sein, wenn beide Varianten von demselben Marktakteur kontrolliert werden.

---

424 S. § 18 c II.1. Zur Vertriebswegspaltung s. § 4 C III.2.b).

425 Sprechen sie die Preisfestsetzung untereinander ab, kann jeder einzelne oder beide als Mittäter eingeklagt werden.

426 Dazu allgemein Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S.360ff.

427 Davon unabhängig sind die Formen der einzelproduktbezogenen Unlauterkeit, s.o. B 3.

### 3. KAPITEL SCHULDRECHT

Verletzt der Verkäufer, der das Produkt, das Vertragsgegenstand bildet, noch auf einem andern Gleis vertreibt, dadurch generell oder unter bestimmten Umständen eine (implizite) vertragliche oder vorvertragliche Pflicht gegenüber seinem Vertragspartner? Stehen dem Käufer eines derart vertriebenen Produkts unter Umständen vertragliche, ausservertragliche oder quasivertragliche Ansprüche zu? Diese Fragen werden im folgenden Paragraphen untersucht.

#### § 13 ZWEIFLEISIGER VERTRIEB UND SCHULDRECHT

##### A Vertragsnichtigkeit

##### I. Zusammenhang zwischen Nichtigkeit und Unlauterkeit

##### 1. Schluss von der Unlauterkeit auf die Vertragsnichtigkeit

Ein Kaufvertrag über ein zweifleisig vertriebenes Produkt kommt nur dann gültig zustande, wenn sein Inhalt nicht die Schranken der Vertragsinhaltsfreiheit von Art.20 Abs.1 OR verletzt.

Gemäss dieser Bestimmung ist ein Vertrag u.a. dann nichtig, wenn er "**gegen die guten Sitten verstösst**". Dieses Kriterium deckt sich wörtlich mit dem Unlauterkeitskriterium "gegen die guten Sitten verstossen" in § 1 dt.UWG. Lässt sich daraus folgern, dass ein Vertrag, der ein Produkt zum Gegenstand hat, das in unlauterer Weise vertrieben wird, eo ipso **sittenwidrig** i.S. von Art.20 OR und darum nichtig ist?

Der Anbieter, der dysfunktional oder täuschend zweifleisig vertreibt, handelt unlauter und damit widerrechtlich. Macht diese widerrechtliche Angebotsform auch den Kaufvertrag über eine so vertriebene Produktvariante **widerrechtlich** und nach Art.20 OR nichtig?

## 2. Unterschiedliche Konkretisierung der "guten Sitten"

Wer ohne Umwege von der Unlauterkeit in der Vertragsanbahnung<sup>428</sup> auf die Nichtigkeit des Folgevertrags schliesse, erläge der Versuchung, Ungleiches gleichzusetzen. Der Begriff der **guten Sitten** beinhaltet ebenso wie der Grundsatz von Treu und Glauben ein formales Prinzip, das durch Bezugnahme auf die normative Wertungen der Rechtsordnung materialisiert werden muss.

Zwar sind bei einer umfassend-systematischen Betrachtungsweise im Vertragsrecht auch die "der Gesamtrechtsordnung selbst immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe"<sup>429</sup> zu berücksichtigen, zu denen auch die wettbewerblichen Ziele und Werte<sup>430</sup> gehören. Zum § 138 BGB, der ebenfalls Verträge, die gegen die guten Sitten verstossen, als nichtig erklärt, schreibt Lehmann<sup>431</sup>: "§ 138 kann heute nach modernem Verständnis der Gemeinwohlverpflichtung des Privatrechts als ein Instrument zur Beschränkung der Privatautonomie auch unter Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Ueberlegungen verstanden werden ...".

Aber die Art der Konkretisierung des Begriffs der guten Sitten ist im Schuldrecht wesensgemäss verschieden von derjenigen desselben Begriffs im Wettbewerbsrecht: Denn dieses will das Funktionieren des Gesamtwettbewerbssystems durch das Verbot bestimmter Formen des Verhaltens sichern, während es jenem um die Beschränkung, Gestaltung und Sicherung der Privatautonomie innerhalb von kleinen sozialen Subsystemen (Austauschbeziehung, Körperschaft etc.) geht. Der normative Gehalt des Schuldrechts ist nur in indirekter, quasi mediatisierter Weise auf wettbewerbliche und wettbewerbspolitische Werte und Ziele ausgerichtet. Also darf auch eine wirtschaftsrechtliche Betrachtungsweise nicht dazu führen, dass gesamtwirtschaftliche Wertungen durch das Einfallstor der guten Sitten ungefiltert ins Schuldrecht einfliessen, ohne auf dessen normative Struktur Rücksicht zu nehmen.

## 3. Widerrechtlichkeit von Vertragsanbahnung und Vertrag

Die **Widerrechtlichkeit** des unlauteren zweigleisigen Vertriebs beschlägt nicht

---

428 Zu diesem Begriff Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S.55ff.

429 Bucher, S. 222; Gauch/Schlupe Nr. 518, mit Hinweisen auf Larenz und Egger.

430 So statt vieler Baudenbacher, AGB, S. 91; Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 232ff. m.w.H.; für das Wirtschaftsrecht grundlegend Schlupe, Wirtschaftsrecht, S. 13ff.

431 Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 155, zum ganzen S. 153ff. m.w.H.

den Vertragsinhalt, sondern die Vertragsanbahnung, die Art und Weise des Zustandekommens des Vertrags<sup>432</sup>. Sie wirkt sich auf die Willensbildung des Käufers aus. Die Beurteilung der Willensbildung aber hat ihren Sitz in der Rechtsordnung nicht in Art. 20 OR, sondern bei der Regelung der Willensmängel und der culpa in contrahendo, u.U. auch der Vertragsverletzung. Dieses differenzierte Regelsystem darf nicht unterlaufen werden.

Die Unlauterkeit in der Vertragsanbahnung macht den Folgevertrag aus den genannten Gründen nicht nichtig<sup>433</sup>. Die Nichtigkeitsfolge würde auch zu Ergebnissen führen, die niemand wünscht: Beim zweigleisigen Vertrieb als unlautere Absatzstrategie wäre auch der Vertrag über die billigere Variante, gegen den Willen des Verkäufers und des preisbewussten Käufers, nichtig<sup>434</sup>.

Das Gesagte schliesst aber nicht aus, dass derselbe Sachverhalt einerseits lauterkeitsrechtliche, andererseits schuldrechtliche Rechtsfolgen begründet<sup>435</sup>.

## II. Nichtigkeit wegen Aequivalenzstörung

Ein Verstoss gegen die guten Sitten wird u.U. dann angenommen, wenn ein grobes Missverhältnis der Leistungen und zusätzlich "die stossende Ausnützung einer besonderen Konstellation"<sup>436</sup> vorliegen. Beim preisdiskriminierenden zweigleisigen Vertrieb kann zwar in gewissen Fällen bei der teureren Variante ein Preismissbrauch vorliegen. Aber die Preisforderung und die weiteren Vertragsumstände

<sup>432</sup> Gauch/Schluep, Nr. 839g.

<sup>433</sup> Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 158f.

Die Nichtigkeit des Folgevertrags als Rechtsfolge einer unlauteren Handlung ist denn auch weder im aUWG noch im revUWG vorgesehen und wird von der h.L. nicht in Betracht gezogen. So Gauch/Schluep, Nr. 839a; Gauch, Die Verwendung "missbräuchlicher Geschäftsbedingungen"-Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 UWG, BR 1987, S. 51-60 (57); grundlegend Sack, Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 3 UWG? BB 1974 S. 1369-1373; anders (zweifelfnd) Ernst A. Kramer, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 81 (1985) S. 17ff., 33ff (35f.).

Der Betroffene kann allerdings verlangen, dass "eine bestehende Verletzung" beseitigt wird (Art. 9 Abs. 1 revUWG), was auf eine Auflösung des betreffenden Vertrags durch richterliches Gestaltungsurteil hinausläuft (vgl. Gauch, Die Verwendung "missbräuchlicher Geschäftsbedingungen", S. 57f.; Gauch/Schluep, Nr. 839g). U.U. stehen ihm auch Schadenersatzansprüche aus culpa in contrahendo zu.

<sup>434</sup> Ebenso bezüglich des preiswerten Lockvogels Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 160; vgl. auch Gauch/Schluep, Nr. 532.

<sup>435</sup> Von Tuhr/Peter, S. 257, weisen ausdrücklich darauf hin, dass Nichtigkeit gemäss Artikel 20 OR und unlauterer Wettbewerb häufig gleichzeitig vorliegen.

<sup>436</sup> Baudenbacher, AGB, S. 272; Gauch/Schluep, Nr. 515f.; Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 161ff.; Thomas Lörtscher, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977, S. 210ff.; von Tuhr/Peter, S. 260; BGE 93 II 189ff., wiedergegeben in Otfinger, Bundesgerichtspraxis, Nr. 23 d); ablehnend Bucher, S. 224.

machen die vertragliche Bindung nur in Ausnahmen zu einer derart übermässigen, dass sie gegen die guten Sitten verstösst.

## **B      Einseitige Unverbindlichkeit**

### **I.      Uebervorteilung**

Die einseitige Unverbindlichkeit<sup>437</sup> wegen Uebervorteilung (Art.21 OR) setzt objektiv ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, subjektiv die Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des Benachteiligten durch die Gegenpartei voraus.

#### **1.      Objektive Voraussetzung**

Ob die Äquivalenz zwischen den Leistungen gestört ist, muss die **objektive** Bewertung der versprochenen Leistungen im Einzelfall ergeben<sup>438</sup>.

Es liegt nahe, den Preis einer anders markierten Variante desselben Basisprodukts als Vergleichspreis für die objektive Bewertung der vertraglich geschuldeten Produktvariante beizuziehen.

Dabei können sowohl die Zusatzleistungen, einschliesslich Geltungsnutzen und Risikoprämie, als auch die jeweiligen Marketing- und Absatzkosten, die Situation auf den Marktsegmenten und die betriebsinternen Kostenzurechnungsmethoden eine Preisdifferenz rechtfertigen. Uebersteigt aber der Mehrpreis der Variante, die Vertragsgegenstand bildet, erheblich das Mass, das sich durch betriebliche, nach anerkannten und vernünftigen kaufmännischen Grundsätzen gerechtfertigte Gründe oder durch die jeweilige Marktsituation begründen lässt, so kann daraus auf ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Geldleistung und geschuldeter Produktvariante geschlossen werden.

---

437 Die Meinungsdivergenzen über die Bedeutung der Rechtsfolge der einseitigen Unverbindlichkeit wurde von Gauch/Schluep, Nr. 674ff. unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte von Art.18 aOR i.S. der **einseitigen Ungültigkeit** entschieden. Vgl. Schneider/Fick, Kommentar, Zürich 1882, N 1 zu Art.18 aOR: "einseitige Unverbindlichkeit", "hinkendes Rechtsgeschäft", unter Berufung auf P.Fr.v.Wyss.

438 Dazu Gauch/Schluep, Nr.557ff.; BGE 92 II 170, 109 II 125.



## 2. Subjektive Voraussetzungen

Das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen der Uebervorteilung<sup>439</sup> kann prinzipiell nur bei der Beurteilung des Einzelfalles festgestellt werden. Kann daraus, dass ein Konsument die teurere Variante kauft, obwohl dasselbe Basisprodukt unter einer andern Marke billiger erhältlich wäre, auf Unerfahrenheit oder Leichtsinn geschlossen werden?

Dass Konsumenten nicht die kostengünstigste Alternative der Nutzenbefriedigung wählen, beruht auf ihren subjektiven und situationsspezifischen Verarbeitungsschemata<sup>440</sup>. Es handelt sich um ein Verhalten, das durch die begrenzte Rationalität von Konsumentenentscheidungen bedingt ist und aus dem nicht auf Unerfahrenheit oder Leichtsinn geschlossen werden kann. Die Anwendung von Art.21 OR soll auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben und darf nicht auf ein derartiges häufiges und sozialübliches Verhalten angewendet werden.

Anderes gilt dann, wenn der Konsument "einem raffinierten oder suggestiven Gegner gegenüberstand"<sup>441</sup> und sich durch Anpreisungsmethoden, "welche den Willen, gemäss verstandesgemässer Einsicht zu handeln, ernsthaft beeinträchtigen"<sup>442</sup>, dazu verleiten liess, eine massiv überteuerte Variante zu kaufen, wo ein unvoreingenommener Preisvergleich mit andern auf dem Markt angebotenen Produkten ihn rasch auf die andere, billigere Variante aufmerksam gemacht hätte<sup>443</sup>.

Dabei kann dem Uebervorteilten nicht zugemutet werden, mittels aufwendiger Marktstudien und Produktvergleichen nach den anders markierten Varianten zu suchen. Die Gegenpartei muss sich entgegenhalten lassen, dass sie es war, welche durch die unterschiedliche Markierung die Marktübersicht erschwert und dadurch die Wirkung ihrer suggestiven Beeinflussung verstärkt hat.

## 3. Folgerung

In Spezialfällen, in denen der Verkäufer auf diese Weise vorgeht, um dem übertölpelten Kunden eine Produktvariante zu übersetztem Preis zu verkaufen, steht jenem die Anfechtung des Vertrags gestützt auf Art.21 OR offen. Eine verallge-

439 Gauch/Schluép, Nr.561; von Tuhr/Peter, S.344.

440 S. § 6 C II.

441 Von Tuhr/Peter, S. 345.

442 Bucher, S.204.

443 In Aenderung der bisherigen Rechtsprechung liess BGE 92 II 168ff. (175f.) eine Unerfahrenheit gerade bezüglich des vorgeschlagenen Geschäfts genügen. Kritisch dazu Bucher, S.203 FN 13.

meinerungsfähige Grundlage, um Verträge über (preisdiskriminierend) zweigleisig vertriebene Produkte anzufechten, kann diese Bestimmung aber nicht bilden.

## II. Irrtum

### 1. Erklärungsirrtum

Ein Erklärungsirrtum wäre beim zweigleisigen Vertrieb in der Form des sachbezogenen "error in corpore" (Art.24 Abs.1 Ziff. 2 OR)<sup>444</sup> in Betracht zu ziehen. Dies dann, wenn der Konsument statt des gewünschten Produkts irrtümlich die anders markierte Variante kauft. Dieser Fall ist allerdings selten, denn in den Fällen, in denen der Käufer auf die Marke Wert legt, lässt er sich von ihr als Schlüsselinformation leiten, was einen Irrtum der genannten Art ausschliesst. Die Marketing-Anstrengungen von Produzenten und Absatzmittlern sind denn auch darauf gerichtet, derartige Verwechslungen und Irrtümer gerade auszuschliessen<sup>445</sup>.

### 2. Motivirrtum

Während sich die Formen des Erklärungsirrtums direkt auf ein Element richten, das zum Vertragsbestandteil geworden ist, kann sich beim Motivirrtum ebenso die (irrige) Vorstellung auf einen innerhalb wie ausserhalb des Vertrags liegenden Umstand richten<sup>446</sup>, der die Partei zum Vertragsschluss bewegt. Auch die Tatsache, dass ein Produkt nur eingleisig vertrieben wird, kann einen solchen Umstand bilden. Für gewisse Konsumenten ist beim Kauf eines Markenartikels wegen des Geltungsnutzens und der Komplexitätsreduktion die Einzigartigkeit des Produkts entscheidend. Für sie gehört die Erwartung eines eingleisigen Vertriebs zu den subjektiv wesentlichen Grundlagen des Vertragsabschlusses.

Aehnliches gilt für die preisbewussten Käufer, denen es darum geht, die günstigste Produktvariante zu finden, die aber durch die erschwerte Marktübersicht dazu gebracht werden, die teurere Variante zu kaufen.

---

444 Von Tuhr/Peter, S.304.

445 Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 119.

446 Bucher, S. 177; Gauch/Schlupe Nr.590; von Tuhr/Peter, § 37 bei FN 43a.

Zumeist wird allerdings der Käufer keine bewussten Vorstellungen darüber entwickeln, ob er ein eingleisig oder ein zweigleisig vertriebenes Produkt kaufe. Das Bundesgericht hat eine solche fehlende Vorstellung über eine Vertragsgrundlage zu Recht der falschen Vorstellung gleichgestellt<sup>447</sup>.

Prinzipiell ist eine falsche Vorstellungen über den zweigleisigen Vertrieb als Motivirrtum rechtlich unbeachtlich.

### 3. Grundlagenirrtum

Ausnahmesweise rechtlich beachtlich ist nur der Motivirrtum, der als sog. Grundlagenirrtum bestimmte qualifizierende Merkmale erfüllt.

#### a) Subjektive Wesentlichkeit

Subjektiv wesentlich ist der Umstand, auf den sich die irrice Vorstellung bezieht, dann, wenn der Konsument die Variante<sup>448</sup> nicht gekauft hätte, wenn ihm der zweigleisige Vertrieb bekannt gewesen wäre.

#### b) Erkennbarkeit

Als weitere Voraussetzung verlangen Rechtsprechung und h.L.<sup>449</sup> für das Vorliegen eines Grundlagenirrtums nach Art.24 Abs.2 Ziff.4 OR, dass die subjektive Wesentlichkeit für die Gegenpartei erkennbar war. Daran mag es beim zweigleisigen Vertrieb im Einzelfall häufig fehlen. Sicher gegeben ist die Erkennbarkeit, wenn der Anbieter durch seine werblichen Aussagen selbst die Einzigartigkeit seines Produkts zu einem wesentlichen Produktbildfaktor gemacht hat.

#### c) Objektive Wesentlichkeit

Nur der Irrtum über objektiv verkehrswesentliche Umstände<sup>450</sup> berechtigt zur Anfechtung des Vertrags.

447 BGE 53 II 153f.; dazu Kolly, S. 12f., 17ff.

448 Zumeist die teurere Variante.

449 A.M. Keller/Schöbi, S. 131.

450 Einzelne Autoren lehnen das Kriterium der objektiven Wesentlichkeit als Voraussetzung des Grundlagendirrtums ab. Dazu Gauch/Schluep, Nr. 595ff.; Kolly, S. 47, jeweils m.w.H. Zur deutschen Lehre und Rechtsprechung Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 129f. m.w.H.

Wir haben oben<sup>451</sup> dargetan, dass ein allgemeines und berechtigtes Vertrauen, Produkte würden nur eingeleisig vertrieben, nicht existiert. Aber der Sachverhalt der Eingleisigkeit muss nicht generell, sondern im Rahmen der geschäftstypischen Umstände des Falls bei einer "objektiven Betrachtung vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs aus"<sup>452</sup> wesentlich sein.

#### α) Irrtum über die Eingleisigkeit

Objektiv als wesentlich anerkannt sind nur Faktoren, welche den Wert eines Vertragsgegenstands unabhängig vom Einzelfall bestimmen. Im Normalfall, bei einem normal beworbenen Produkt, ist das Interesse am Image der Einzigartigkeit eines Produkts ausschliesslich subjektiv, nicht objektiv wesentlich.

Anders wenn der Anbieter durch eine **originalitätszusichernde** Werbung für eine Produktvariante auf die Willens- und Motivbildung der Konsumenten Einfluss nimmt. Das Image dieser Variante wird dadurch für alle imagebewussten Käufer zu einer objektiv im Geschäftsverkehr wichtigen Vertragsgrundlage.

#### β) Irrtum über den Preis

Für den preisbewussten Käufer gelten andere Kriterien: Er legt auf den mit der teureren Marke eventuell verbundenen Geltungsnutzen und die Komplexitätsreduktion keinen Wert. Wenn er sich nicht irrtümlich vorgestellt hätte, dieses Basisprodukt sei nur zum Preis der teureren Variante erhältlich, hätte er die billigere gekauft. Deren Preis entspricht seiner maximalen Zahlungsbereitschaft in einer irrtumsfreien Situation.

Das Bundesgericht hat zur Frage, ob der Wert einer Sache ein objektiv wesentlicher Sachverhalt sei, vor allem im Zusammenhang mit dem Kauf von Aktien Stellung genommen<sup>453</sup>. Diese Ueberlegungen sind aber nicht direkt auf unseren Fall anwendbar, denn der für die teurere Variante geforderte Preis kann durchaus dem objektiven Marktwert entsprechen. Der preisbewusste Käufer irrt sich nicht über den Wert der Sache, sondern über einen ausserhalb des Vertragsgegenstands liegenden Sachverhalt, der als Motiv seine subjektive Zahlungsbereitschaft beeinflusst.

---

451 § 12 A II.

452 BGE 56 II 426.

453 Wesentlicher Irrtum über den inneren Wert der Gesellschaft beim Kauf einzelner börsenkotierter Aktien verneint (BGE 41 II 571ff. [575]; beim Kauf sämtlicher, an der Börse nicht kotierten Aktien einer Gesellschaft bejaht (97 II 43ff.[46], 107 II 419ff.[426]; dazu Kolly, S.53f.; Bucher, S.183.

Auch in diesem Fall ist in der Regel die Tatsache, dass ein Produkt zweigleisig vertrieben wird, ausschliesslich subjektiv, nicht objektiv wesentlich.

Wenn der Anbieter aber durch eine **tiefpreiszusichernde** Werbung bezüglich des Basisprodukts<sup>454</sup> auf die Willens- und Motivbildung Einfluss nimmt, wird der mit diesem Produkt verbundene Preisvorteil dadurch für alle preisbewussten Käufer zu einer objektiv wichtigen Vertragsgrundlage. Die in diesem Fall im Geschäftsverkehr wesentliche Vorstellung, dasselbe Basisprodukt werde nicht unter einer andern Marke deutlich billiger vertrieben, ist irrig, wenn dies unter einer andern Marke tatsächlich der Fall ist.

#### d) Folgerung

Im Normalfall ist der eingleisige Vertrieb keine objektiv wesentliche Tatsache im Sinne des Grundlagenirrtums<sup>455</sup>. Etwas anderes gilt ausnahmsweise, wenn der Image- oder Preisaspekt werblich entsprechend herausgestellt wird. Diesfalls kann sich der so Getäuschte auf Unverbindlichkeit des Vertrags über ein zweigleisig vertriebenes Produkt berufen.

### C Verletzung vorvertraglicher Pflichten

#### I. Aufklärungspflicht nach Treu und Glauben

##### 1. Allgemeines

"Eine allgemeine Pflicht zur Aufklärung des Vertragspartners über wesentliche Umstände besteht nicht."<sup>456</sup> "Niemand ist gehalten, im Interesse des Gegners umsichtiger zu sein, als dieser ist und sein kann."<sup>457</sup> Immerhin können die speziellen Umstände im Einzelfall eine vorvertragliche Pflicht des Verkäufers begründen, den Kaufwilligen in einem gewissen Umfang über vertragswesentliche Tatsachen zu unterrichten.

<sup>454</sup> S. § 12 B II.4.c).

<sup>455</sup> Im Ergebnis ebenso Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S.131.

<sup>456</sup> Keller/Lörtscher, S.19.

<sup>457</sup> BGE 102 II 84.



Im folgenden geht es darum zu untersuchen, wann der Grundsatz von Treu und Glauben in contrahendo vom Anbieter verlangt, den Kaufwilligen darüber aufzuklären, dass das Produkt, das als Vertragsgegenstand in Aussicht genommen ist, zweigleisig vertrieben wird.

Relevant wird die unterbliebene Aufklärung dann, wenn der Kaufwillige aufgrund seiner irrigen Vorstellung eine Variante nur darum kauft, weil er nicht weiss, dass sie zweigleisig vertrieben wird oder unter einer andern Marke billiger erhältlich ist. In diesem Fall kann eine haftungsbegründete culpa in oder eine absichtliche Täuschung i.S. von Art.28 OR vorliegen<sup>458</sup>.

## 2. Vertragsverhandlungsverhältnis als rechtliche Sonderverbindung

Vorvertragliche Aufklärungspflichten haben ihre Grundlage im Prinzip von Treu und Glauben<sup>459</sup>. Im Schuldrecht beruht die Sonderverbindung, welche die materiellen Konkretisierungskriterien für die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben liefert, auf dem bilateralen Verhältnis zwischen den Partnern einer Austauschbeziehung.

Es kann sich bei einer derartigen Aufklärungspflicht nicht um eine vertragliche Pflicht handeln. Denn die Aufklärung muss, um das Verhalten des Kaufwilligen in relevanter Weise beeinflussen zu können, **vor** dem Vertragsschluss erfolgen, zu einem Zeitpunkt, in dem die Parteien noch keine vertraglichen Pflichten eingegangen sind<sup>460</sup>. In diesem Zeitraum stehen die Parteien in einem Vertragsverhandlungsverhältnis von unterschiedlicher Dauer und Intensität<sup>461</sup>. Dieses beginnt mit den ersten Vertragsanbahnungshandlungen und endet mit einem Vertragsschluss oder mit dem Abbruch der Verhandlungen.

Wesentliches allgemeines Charakteristikum des Vertragsanbahnungsverhältnisses ist die Gleichrichtung der beidseitigen Interessen und Handlungen auf ein Ziel: den Vertragsschluss. Die Beteiligten bilden nach der Formulierung von Schönenberger/Jäggi<sup>462</sup> eine *Gesellschaft* mit dem Vertragsabschluss als Gesellschaftszweck. Für

---

458 Bucher, S. 179 FN 40; Schönenberger/Jäggi, N 594 zu Art.1 OR; Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 131 mit FN 76; Gauch/Schluep, Nr.712ff. Zu den möglichen vertragsrechtlichen Sanktionen s.u.D.

459 Merz, N 264 zu Art.2 ZGB.

460 Die unterbliebene Aufklärung kann also keine positive Vertragsverletzung des nachfolgend geschlossenen (Kauf-)Vertrages sein. Vgl. Gonzenbach, S.50ff. m.w.H. Aber die Verletzung dieser vorvertraglichen Aufklärungspflicht kann zu vertraglichen Rechtsfolgen führen, insbesondere zu einer kaufrechtlichen Haftung für Sachmängel, s.u. D I.

461 Dazu Gauch/Schluep, Nr. 713.

das Bestehen dieser Sonderverbindung ist unerheblich, ob der Zweck (der Vertragsschluss) erreicht wird oder nicht.

Diese Sonderverbindung unterscheidet sich von anderen, rein faktischen Verbindungen dadurch, dass der gemeinsame Zweck ein rechtsgestaltender ist, was ihn rechtlich relevant macht. Darum rechtfertigt es sich, diese Sonderverbindung als eine rechtserhebliche anzuerkennen, die zu einer Konkretisierung des Prinzips von Treu und Glauben gemäss spezieller Kriterien führt<sup>463</sup>. Diese Kriterien können nicht allgemeingültig bestimmt werden. Sie sind abhängig von Charakter und Intensität des Vertragsverhandlungsverhältnisses, die je nach den Umständen des Vertragsschlusses und dem Vertragstypus variieren. Für den zweigleisigen Vertrieb sind die Austauschverträge, vor allem Kaufverträge, die relevanten Vertragstypen.

Im folgenden soll untersucht werden, unter welchen Umständen beim Abschluss eines Kaufvertrages eine Aufklärungspflicht darüber besteht, dass das Vertragsobjekt zweigleisig vertrieben wird.

## II. Konkretisierung der Aufklärungspflicht

### 1. Vertragstypus und Umstände des Vertragsschlusses

Der Inhalt der vorvertraglichen Aufklärungspflicht als Konkretisierung des Prinzips von Treu und Glauben richtet sich in erster Linie nach der **Natur des Vertrags**: "Je persönlicher sein Inhalt, je tiefer seine Verwurzelung im gegenseitigen Vertrauen, desto stärker ist die Tendenz, eine Pflicht zur Offenbarung (Auskunft, Belehrung, Mitteilung etc.) zu bejahen."<sup>464</sup>

Der Kaufvertrag als Austauschvertrag setzt ein geringeres Mass an Gleichrichtung der Interessen voraus als ein Dauerschuldverhältnis<sup>465</sup> oder ein Gesellschaftsver-

462 N 569 zu Art.1 OR.

463 So Gauch/Schlupe, Nr. 714; BGE 105 II 79f.; Spiro, Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgelhilfen, S.621f. und 631; Kramer, Kommentar, Allgemeine Einleitung, N 134; Merz, Kommentar, N 264 zu Art.2 ZGB; ähnlich Frost, S.47.

464 Giger, N 52 zu Art.184 OR, auch Vorbemerkungen zu Art.197-210 N 68, N 35ff. zu Art.199. Vgl. auch von Tuhr/Peter, S.321ff.; Merz, N 272ff. zu Art.2 ZGB; zum deutschen Recht Lorenz, Haftung für primäre Vermögensschäden bei unrichtiger Auskunft, S.575ff.; zur Haftung Dritter, am Vertrag nicht beteiligter Personen Fischer, Dritthaftung für falsche freiwillige Auskünfte, S.4ff.

465 Gauch, System und Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, Diss. Freiburg 1968; Kramer, Kommentar, Allgemeine Einleitung, N 156.

trag<sup>466</sup>. Mit ihm sind deshalb auch weniger weitreichende Aufklärungspflichten verbunden.

Der Inhalt der vorvertraglichen Aufklärungspflicht wird auch bestimmt durch die Umstände des Einzelfalls. Beim Abschluss eines Kaufvertrags bezüglich eines zweigleisig vertriebenen Produkts stehen sich im Regelfall ein professioneller Anbieter und ein privater Konsument gegenüber. Darum trifft den Anbieter eine relativ ausgedehnte Aufklärungspflicht. Diese kann beim Kauf problemloser Güter in standardisierter Form<sup>467</sup>, beim Kauf anspruchsvollerer Güter durch individuelle Beratung erfolgen.

Eine generelle Aufklärungspflicht für jedes Produkt, etwa durch eine schriftliche Deklaration, kann jedenfalls aufgrund des Prinzips von Treu und Glauben nicht verlangt werden.

Auch auf dem mehrstufigen Markt besteht zwischen Produzent und Konsument, die durch Sprungwerbung etc. in kommunikativem Kontakt stehen, eine rechtliche Sonderverbindung<sup>468</sup>. Aber nur der Absatzmittler ist in der Lage, am Verkaufsort einer situationsspezifischen Aufklärungspflicht nachzukommen. Denn nur er kann die Umstände der spezifischen Kaufsituation kennen und angemessen reagieren.

## 2. Fallgruppen

Die Kaufsituationen, in deren Zusammenhang ein Produkt zweigleisig vertrieben wird, können anhand der Ansprüche und Bedürfnisse der Käufer in Fallgruppen eingeteilt werden:

### a) Preis- und imagebewusste Käufer

Der **imagebewusste Käufer** trifft seine Wahl zwischen verschiedenen Markenartikeln mit vergleichbarem Image und Preis. Dass dasselbe Basisprodukt daneben noch mit einem anderen, tieferen Image angeboten wird, interessiert ihn nicht, solange die Zweigleisigkeit nicht bekannt und dadurch das Image **seiner** Marke bedroht wird. Er ist nur daran interessiert, dass der zweigleisige Vertrieb nicht allge-

466 Guhl/Merz/Kummer, S.563f.; Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 4.A., Bern 1981, S.40ff.

467 Auf der Etikette oder einem Beiblatt.

468 Angetönt in BGE 108 II 313; kritisch dazu Gauch/Schluep, Nr. 722; ausführlich Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S.360ff. m.w.H.

mein bekannt ist. Wenn der Käufer vom Verkäufer Auskunft darüber verlangt, ob das Produkt zweigleisig vertrieben werde, oder wenn anderweitig erkennbar ist, dass der Käufer auf einen eingleisigen Vertrieb Wert legt, gebietet Treu und Glauben keine Aufklärung des Verhandlungspartners über den zweigleisigen Vertrieb, sondern darüber, ob ein allfälliger zweigleisiger Vertrieb in imagegefährdender Weise bekannt sei oder werden könne.

Der **preisbewusste** Käufer wählt zwischen verschiedenen preisgünstigen Varianten. Eine Aufklärung darüber, dass dasselbe Produkt auch in einer teureren Variante erhältlich ist, würde ihn nicht kümmern und wäre unsinnig.

Wie aber, wenn der image- oder preisbewusste Käufer die für ihn optimale Variante nicht findet und mit einem Verkäufer über das zweitbeste Produkt verhandelt? Auf den ersten Blick würde in diesem Fall die Aufklärung über den zweigleisigen Vertrieb zu einer besseren Bedürfnisbefriedigung führen. Aber für den imagebewussten Käufer verlöre die Variante, auf die hingewiesen wird, eben dadurch das gewünschte exklusive Image und würde für ihn uninteressant. Und der preisbewusste Käufer erliegt eigentlich einem Irrtum über einen ausserhalb des Vertragsgegenstands liegenden Sachverhalt, der seine Zahlungsbereitschaft beeinflusst. Nach h.M. besteht keine Pflicht des Verkäufers, den Käufer über die Marktumstände, insbesondere über den Preis von alternativen Formen der Bedürfnisbefriedigung aufzuklären<sup>469</sup>. Wenn sich der Käufer danach erkundigt, ob ein bestimmtes Basisprodukt günstiger erhältlich sei, oder wenn sein Preisbewusstsein dem Verkäufer auf andere Weise offenbar wird, trifft diesen zwar eine diesbezügliche Aufklärungspflicht. Aber diese ist in jedem Fall auf das Sortiment der Verkaufsstelle beschränkt. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, den Käufer über Varianten, die nur von Dritten angeboten werden, zu informieren.

### b) Sorgfältig abwägende Käufer

Der sorgfältig abwägende Konsument schwankt bei einem Kauf zwischen verschiedenen Varianten. Diese sprechen teils sein tiefpreisrationales, teils sein Vertrauen in den hohen Preis als Qualitätsgarantie an. Sein Dilemma wäre behoben, wenn der Verkäufer ihn auf die Basisproduktidentität der billigeren Variante mit der teureren Erstmarke hinwiese<sup>470</sup>. Aber eine derartige Aufklärung würde die

469 Lauer, S.108, 149, 298; ebenso Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S.357 FN 242; von Tuhr/Peter, S.322; BGH WM 1977, S.394: Der Verkäufer einer Buchreihe hat keine Pflicht, darauf hinzuweisen dass es sich um eine Luxusedition handelt und diese Werke in einer andern Ausgabe wesentlich billiger erhältlich sind. Anders OLG Bremen, NJW 1963, S.1455.S. auch u. DI.

470 Dazu das Beispiel bei Lauer, S.312f.: "Jemand will sich eine Waschmaschine kaufen. Das Gerät



u.U. funktionale Absatzstrategie des Herstellers unterlaufen und einen Verkauf sub rosa<sup>471</sup> darstellen, der ausser beim dysfunktionalen zweigleisigen Vertrieb unlauter ist<sup>472</sup>. Und sie führt dann, wenn die Produktvarianten mit unterschiedlichen Zusatzleistungen verbunden sind, eher zu einer Verwirrung als zu einer Aufklärung. Zudem müsste der Händler bei einer Vertriebswegdifferenzierung auch über Varianten, die in unterschiedlichen Vertriebskanälen abgesetzt werden, informieren, um den Kaufwilligen umfassend ins Bild zu setzen.

### 3. Fazit

Die h.M. lehnt eine Informationspflicht über andere Punkte, die nicht den Verhandlungsgegenstand betreffen, ab. Nicht eine umfassende Beratung, sondern Aufklärung über Umstände, welche für die Verwirklichung des konkret angestrebten Vertragszwecks wesentlich sein können, sei Inhalt der vorvertraglichen Aufklärungspflicht<sup>473</sup>.

Wenn aber der Kaufwillige vom Anbieter eine Beratung bezüglich der Preiswürdigkeit verschiedener Möglichkeiten der Bedürfnisbefriedigung verlangt, hat ihn der Anbieter nach Treu und Glauben über die Qualitätsgleichheit (nicht unbedingt über die Basisproduktidentität) von Varianten mit unterschiedlichem Preis aufzuklären, soweit er sie selbst anbietet. Dasselbe gilt, wenn er aus anderen Gründen erkennen muss, dass der Käufer auf einen eingeleisigen Vertrieb vertraut, ansonsten er das in Aussicht genommene Produkt nicht kaufen würde. Weitergehende Aufklärungspflichten können höchstens Gegenstand eines selbständigen Beratungsauftrags sein<sup>474</sup>.

## III. Verletzung anderer vorvertraglicher Pflichten

### 1. Durch den Anbieter geschaffenes Vertrauen

Wenn der Anbieter in der Werbung originalitätszusichernde Aussagen macht,

---

beim ersten Händler erscheint ihm zu billig. Später erfährt er, dass das teurere Gerät, das er erworben hat, baugleich mit dem billigeren ist. Hätte der erste Händler ihn darüber unterrichtet, so argumentiert er, hätte er die Mehrkosten für die teurere Waschmaschine gespart."

471 S. § 12 D IV 2.

472 S. § 12 D IV.2.b).

473 Lauer, S.145ff. m.H. auf die deutsche Rechtsprechung.

474 Dazu s.u. D II.



schaft er selbst das Vertrauen in die Eingleisigkeit<sup>475</sup>. Vertreibt er das Produkt dennoch zweigleisig, muss er sich den Vorwurf des *veniendi contra factum proprium* gefallen lassen. Dasselbe gilt, wenn der Anbieter tiefpreiszusichernde Aussagen bezüglich des Basisprodukts macht, eine anders markierte Produktvariante aber zu deutlich günstigerem Preis erhältlich wäre. Jedenfalls dann, wenn der imagebewusste oder tiefpreisbewusste Käufer durch die Werbung tatsächlich irregeführt worden ist<sup>476</sup>, kann er sich in einem solchen Fall auf culpa in contrahendo oder absichtliche Täuschung (Art.28 OR) berufen.

## 2. Vortäuschen von Konkurrenzangeboten

Ein Anbieter verstösst gegen Treu und Glauben, wenn er durch eine zweite Produktvariante zu nicht ernst gemeinten "Mondpreisen" aktiven Wettbewerb nur vortäuscht. Dies wird im Rahmen einer Submission<sup>477</sup> aktuell oder dann, wenn der Anbieter auf die "Konkurrenzpreise" des eigenen Parallelangebots Bezug nimmt<sup>478</sup>, um sein Angebot vorteilhafter erscheinen zu lassen.

## IV. Rechtsfolgen

### 1. Bei absichtlicher Täuschung

Eine absichtliche Täuschung i.S. von Art.28 OR liegt vor, wenn der Verkäufer (implizit oder explizit) behauptet, ein (zweigleisig vertriebenes) Produkt werde nur eingleisig vertrieben, oder wenn er einen diesbezüglichen kaufentscheidenden<sup>479</sup> Irrtum des Käufers erkennt, und wenn er diesen Irrtum durch Hinweis auf die Qualitätsgleichheit des in Aussicht genommenen mit einem andern Produkt in seinem Sortiment beheben könnte. Diese Täuschung berechtigt den Käufer, sich auf einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags zu berufen<sup>480</sup>.

475 Merz, N 275 zu Art.2 ZGB; ders., SPR VI/1, S.67.

476 Zur Irreführung durch Werbung grundlegend Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S.352ff. und passim.

477 Gauch/Schlupe, Nr. 784ff., spez. Nr. 789f.

478 So das RG in JW 55 (1926) S.1549f. S. § 12 C I.1.

479 Der Irrtum muss kein wesentlicher i.S. des Grundlagenirrtums sein.

480 Abschlussgehilfen des Verkäufers, d.h. Verkaufsangestellte oder Agenten, sind keine Dritten i.S. von Art.28 Abs.2 OR. Dazu Fischer, Dritthaftung für falsche freiwillige Auskünfte, S.2; Gauch/Schlupe, Nr.652; Spiro, S.628; jeweils m.w.H.

Die h.L. geht davon aus, dass sich der Getäuschte in analoger Anwendung von Art.20 Abs.2 OR auf teilweise Unverbindlichkeit berufen kann, wenn der den Vertrag auch ohne Täuschung - aber mit anderem Inhalt - abgeschlossen hätte (dolus incidens). Der preisbewusste Käufer hätte ohne Täuschung dasselbe Basisprodukt gekauft, aber in der billigeren Variante. Er kann den Vertrag bezüglich der Preisdifferenz zwischen den Varianten für ungültig erklären. Dieselbe Folge ergibt sich, wenn der Getäuschte zwar den Vertrag genehmigt, aber gestützt auf Art.31 Abs.3 OR Schadenersatz im Umfang dieser Preisdifferenz verlangt.

## 2. Bei Culpa in contrahendo

Ein Verkäufer haftet aus culpa in contrahendo<sup>481</sup>, wenn er den Käufer nicht im Rahmen des aufgrund einer vorvertraglichen Pflicht gebotenen über für den Vertragsschluss wesentliche Punkte aufklärt.

Nach h.L. verschafft ein Anspruch aus culpa in contrahendo dem Berechtigten den Ersatz des negativen Interesses<sup>482</sup>. Das negative Interesse bezüglich des Folgevertrags kann auch Elemente des positiven Interesses umfassen: Der Schaden, den der Betroffene durch die unterbliebene Aufklärung erleidet, bestimmt sich als Differenz zwischen seinem Vermögensstand infolge der unterbliebenen Aufklärung und demjenigen, der eingetreten wäre, wenn die geschuldete Aufklärung erfolgt wäre. Es kommt also darauf an, ob er infolge der Aufklärung denselben, einen andern, inhaltlich verwandten Vertrag oder keinen Vertrag geschlossen hätte<sup>483</sup>.

Die Aufklärung über den zweigleisigen Vertrieb würde voraussichtlich dazu führen, dass der imagebewusste Käufer ein Drittprodukt, der preisbewusste Käufer die billigere Variante kaufen würde. Für den Preisbewussten besteht der Schaden in der Preisdifferenz zwischen den Varianten. Für den Imagebewussten ist die gekaufte Ware infolge des zweigleisigen Vertriebs prinzipiell wertlos. Er ist also so

481 Die Literatur zur culpa in contrahendo ist unüberblickbar. Genannt seien nur Rainer Gonzenbach, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, Diss. Bern 1987; Paul Piotet, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, 1963; ders., *Nature et modalité de la responsabilité précontractuelle*, ZSR 106 (1987) S.743-763; ders., *La culpa in contrahendo aujourd'hui*, SJZ 77 (1981) S.225-233, 241-247; Spiro, *Haltung für Erfüllungsgehilfen*, ZSR 94 (1975), S.253ff.; Pierre Tercier, *La culpa in contrahendo en droit suisse*, in: *Premières journées juridiques yougoslaves-suisse*, Lausanne et Fribourg, Zürich 1984, S.225-242; ferner Bucher, S.245ff.; Gauch/Schluep, Nr. 720ff.; Guhl/Merz/Kummer, S.921.; Keller/Schöbi, S.36f.; Kramer, Kommentar, *Allgemeine Einleitung*, N 132ff.; Schönenberger/Jäggi, Kommentar, N 566 zu Art.1; von Tuhr/Peter, S.192f.

482 Gonzenbach, S.199ff. m.w.H.; grundlegend Keller, *Positives und negatives Interesse*, S.101, 161ff.

483 So BGE 110 II 360ff.(363f.).

zu stellen, wie wenn er den Vertrag nicht geschlossen hätte, d.h. der ganze Kaufpreis ist ihm - gegen Rückgabe des gekauften Produkts - zurückzuerstatten.

Die Befreiung vom Vertrag als Rechtsfolge der culpa in contrahendo würde allerdings mit dem Regelungsbereich der Willensmängel kollidieren: Es kann nicht Aufgabe der Rechtsfigur der culpa in contrahendo sein, den Getäuschten auch dann vollständig von den Folgen des Vertrags zu befreien, wenn die Voraussetzungen für eine Uebervorteilung (objektives Missverhältnis der Leistungen), eines Grundlagenirrtums (subjektive und objektive Wesentlichkeit des Irrtums) oder einer absichtlichen Täuschung (absichtliches, nicht bloss fahrlässiges Handeln des Täuschenden) nicht gegeben sind<sup>484</sup>. Die culpa in contrahendo hat in diesem Bereich aber immerhin zwei selbständige Anwendungsgebiete:

- In den häufigen Fällen, in denen die Absichtlichkeit einer Täuschung nicht nachgewiesen werden kann, versagen die Rechtsbehelfe der absichtlichen Täuschung. Häufig ist aber die Fahrlässigkeit auf Seiten des Täuschenden offensichtlich. Diesfalls entsteht dem Getäuschten ein Anspruch auf Schadenersatz aus culpa in contrahendo, der u.U. allerdings wegen seines Mitverschuldens in Anwendung von Art.43 Abs.1 OR zu mindern ist.
- Aus culpa in contrahendo kann der Verkäufer verpflichtet werden, auch den weiteren, über den bezahlten (Mehr-)Preis hinausgehenden Schaden zu ersetzen.

## **D Vertragsverletzung**

### **I. Kaufvertrag**

#### **1. Verhältnis von vertraglichen und vorvertraglichen Ansprüchen**

Ansprüche des Verletzten können ihre Grundlage sowohl in einer Pflichtverletzung des Vertragspartner beim Vertragsabschluss (in contrahendo) als auch bei der Vertragserfüllung (in solvendo) haben. Dabei können die geschuldete vertragliche Erfüllungspflicht durch vorvertragliche Handlungen (z.B. der Abgabe von Zusicherungen) oder die vertraglichen Sanktionen der Schlechterfüllung durch die Verletzung vorvertraglicher Pflichten (z.B. arglistiges Verschweigen von Mängeln, Art.203 und 210 Abs.3 OR) bestimmt sein.

---

484 Ebenso Gonzenbach, S.228ff.

Es stellt sich die Frage, ob die Verletzung vorvertraglicher Pflichten auch nach dem gültigen Vertragsschluss eine Haftung aus culpa in contrahendo begründen könne<sup>485</sup>. Gemäss der hier vertretenen Meinung sind Ansprüche aus culpa in contrahendo auch nach dem gültigen Vertragsschluss zulässig, dürfen aber die vom Gesetzgeber aufgestellte Regelung der vertraglichen Rechtsfolgen nicht unterlaufen. Sie können also im Regelungsbereich der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung nur dort zum Tragen kommen, wo eigentliche Gesetzeslücken zu füllen sind<sup>486</sup>.

## 2. Zweigleisiger Vertrieb als Sachmangel

Im Rahmen des Kaufvertragsrechts stellt sich die Frage der Vertragsverletzung durch zweigleisigen Vertrieb einmal in der Form, ob ein zweigleisiger Vertrieb einen Sachmangel i.S.v. Art.197 OR darstellen könne.

Ohne Zweifel kann die **Einzigartigkeit** eines Produkts (ev. konkludent) zugesicherte oder vorausgesetzte Eigenschaft eines Produkts sein. Bezüglich der massgeblichen Kriterien sei auf das oben<sup>487</sup> Gesagte verwiesen. Wird das Produkt dennoch zweigleisig vertrieben, kann der imagebewusste Käufer Wandelung oder Minderung verlangen.

Nach herrschender Meinung kann der **Wert** einer Sache weder eine zugesicherte Eigenschaft<sup>488</sup> noch eine vorausgesetzte erhebliche Eigenschaft i.S. v.Art.197 OR sein. Diese Ansicht beruht auf der stillschweigenden Voraussetzung, dass sich der Preis nach dem Gesetz von Angebot und Nachfrage ständig neu bilde und jeder Vertragsschluss ein selbständiges Element des sich dynamisch weiter entwickelnden Wettbewerbs sei. Die Ablehnung des Rechtsschutzes wird begründet durch den wirksamen Wettbewerb. Wenn aber ein dysfunktionaler, preisdiskriminierender zweigleisiger Vertrieb diesen Prozess verfälscht, fällt diese Legitimationsbasis dahin<sup>489</sup>. Es hiesse aber das Kaufrecht überfordern, wollte man dem Rechtsanwendenden auftragen, zur Bestimmung eines Sachmangels die gesamte Wettbewerbssituation zu beurteilen. Der preisbewusste Verkäufer, der die teurere Variante gekauft hat, soll aber immerhin dann Minderung des Kaufpreises verlangen können,

---

485 Bejahend Lörtscher, Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf, S.65; Piotet, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle (1963), S.139; verneinend Gonzenbach, S.56ff.

486 Gl.M. Lehmann, Vertragsanbahnung, S.375ff.; weitergehend Lörtscher, Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf, S.66.

487 B II.3.c).

488 Giger, Kommentar, N 36 zu Art.197; BGE 91 II 353ff. (355).

489 Dazu Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 130f.



wenn ihm der Verkäufer wider Treu und Glauben verschwiegen hat, dass er das betreffende Basisprodukt auch billiger verkauft, oder wenn er ihm den eingeleisigen Vertrieb zugesichert hat.

### 3. Arglistig verschwiegene Zweigleisigkeit

Wenn das Verschweigen der Zweigleisigkeit wider Treu und Glauben das Ausmass einer absichtlichen Täuschung erreicht, bewirkt dies eine Verlängerung der kaufrechtlichen Verwirkung- (Art.203) und Verjährungsfristen (Art.210 Abs. 3).

### 4. Zweigleisiger Vertrieb als positive Vertragsverletzung

Wenn es Vertragsinhalt geworden ist, dass Vertragsgegenstand ein ausschliesslich eingeleisig vertriebenes Produkts sei, so verletzt der Verkäufer diese vertragliche Nebenpflicht, wenn er dasselbe Produkt - nach Vertragsschluss - noch unter einer andern Marke (billiger) verkauft<sup>490</sup>. In diesem Fall bildet der zweigleisige Vertrieb eine **positive Vertragsverletzung** <sup>491</sup>.

Bei den vertraglichen Nebenpflichten ist zu unterscheiden zwischen sekundären, nicht selbständig einklagbaren Nebenpflichten, die nur im Zusammenhang mit der Erfüllung der Hauptpflicht einklagbar sind<sup>492</sup>, und primären, selbständig einklagbaren. Wenn die Pflicht zum eingeleisigen Vertrieb ein primärer Vertragsbestandteil geworden ist, kann der Käufer aus dem Kaufvertrag bei einem zweigleisigen Vertrieb Ansprüche geltend machen, ohne an die einschränkenden Bedingungen der Sachmängelhaftung gebunden zu sein, muss aber (nach Art.97 OR) das Verschulden des Verkäufers nachweisen<sup>493</sup>.

Bezüglich der Rechtsfolgen muss ebenfalls unterschieden werden, ob ein selbständiger Anspruch auf Erfüllung der Nebenleistungspflicht besteht oder ob deren Verletzung lediglich zu Schadenersatzansprüchen<sup>494</sup> führt. Zu welcher Kategorie die Pflicht zum eingeleisigen Vertrieb gehört, muss durch Auslegung des konkreten

490 Im Regelfall findet der zweigleisige Vertrieb ja vor und nach dem Vertragsschluss über ein einzelnes Produkt statt.

491 Dazu Gauch/Schluemp, Nr.1598ff.; Guhl/Merz/Kummer, S.13f.; Giger, N 48ff. und 112ff. zu Art.184 OR; Merz, N 262 zu Art.2 ZGB; ders., SPR VI/1, S.69.

492 Zum zweigleisigen Vertrieb als Sachmangel s.o. 2.

493 Was dann nicht gelingt, wenn der zweigleisige Vertrieb ohne Wissen und Willen des Verkäufers durchgeführt wird.

494 Zu dieser Unterscheidung Kramer, Kommentar, Allgemein Einleitung, N.91ff.; Guhl/Merz/Kummer, S.14 (primäre und sekundäre Nebenpflichten genannt).



Vertrags und durch Analyse der jeweiligen Interessenlage ermittelt werden. Dabei ist bei einem Austauschvertrag, wenn der zweigleisige Vertrieb für den Verkäufer von grösserer Bedeutung ist als der eingleisige für den Käufer, auf Schadenersatz zu erkennen<sup>495</sup>, ebenso immer dann, wenn der Verkäufer den zweigleisigen Vertrieb gar nicht verhindern kann, weil er von einem Dritten durchgeführt wird. Anderes gilt u.U. dann, wenn das zweigleisig vertriebene Produkt Gegenstand eines Dauerschuldverhältnisses ist. Die Rechtslage in einem solchen Fall wird unten<sup>496</sup> am Beispiel des Alleinvertriebsvertrags dargestellt.

## II. Beratungsvertrag

Eine umfassende Beratung über alle auf dem Markt erhältlichen Möglichkeiten der Bedürfnisbefriedigung ist nur im Rahmen eines selbständigen Beratungsauftrags<sup>497</sup> geschuldet. Ein solcher kann auch konkludent<sup>498</sup> abgeschlossen werden, ist aber nicht leichthin anzunehmen<sup>499</sup>. Der Beauftragte verletzt in diesem Fall den Vertrag, wenn er sich im Rahmen seiner Auftragsbefriedigung nicht durch Marktstudien über Fälle des zweigleisigen Vertriebs informiert und den Auftraggeber darüber aufklärt.

## III. Alleinvertriebsvertrag

Im Alleinvertriebsvertrag<sup>500</sup> verpflichtet sich der Lieferant, den Abnehmer im Vertragsgebiet **exklusiv** mit der Vertragsware zu beliefern. Verletzt er diese Pflicht, wenn er dasselbe Basisprodukt unter einer andern Marke an einen andern Abnehmer im Vertragsgebiet liefert? Nach der hier vertretenen Meinung hängt dies von der Bedeutung der mit der Marke verbundenen Zusatzleistung ab: Wenn die Marke für die Nachfragerpräferenzen so entscheidend ist, dass keine interne Substitution erwartet wird, verletzt der zweigleisige Vertrieb den Alleinvertriebsvertrag nicht<sup>501</sup>. Der Lieferant ist in jedem Fall verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der Ab-

495 Vgl. Kramer, Kommentar, Allgemeine Einleitung, N 81.

496 III.

497 Gauch/Schluep, Nr. 719; Guhl/Merz/Kummer, S.92f.; BGE 110 II 360ff. (371f.); Lorenz, Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, S.600ff.

498 BGE 110 II 372 "esteso a tal fine l'oggetto del mandato per atti concludenti"; kritisch zu derartigen "fiktiven Auskunftserteilungsverträgen" Kramer, Kommentar, Allgemeine Einleitung, N 147.

499 Zur Abgrenzung zwischen Vertragsverhältnis und Gefälligkeitsverhältnis Kramer, Kommentar, Allgemeine Einleitung, N 61ff.; spez. N 66ff.

500 Dazu Bénédicte, Le contrat de concession de vente exclusive, thèse Lausanne 1975; Guhl/Merz/Kummer, S.292; Schluep, Der Alleinvertriebsvertrag - Markstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1966; ders., Innominatverträge, Basel/Stuttgart 1979, S.839-849; ders., Die kartellrechtlichen Aspekte des Alleinvertriebsvertrags, SJZ 74 (1975), S.273ff.

nehmer der zweiten Variante nicht auf die Basisproduktidentität mit der Erstmarke hinweist (Verkauf sub rosa). Unterlässt er dies, oder verkauft er dasselbe Basisprodukt ohne deutliche Zusatzleistungsdifferenz, so verletzt er eine selbständig einklagbare Hauptpflicht (mit Erfüllungsanspruch) aus dem Alleinvertriebsvertrag.

---

501 Es empfiehlt sich, beim Abschluss eines Alleinvertriebsvertrags die Zulässigkeit und allfällige Bedingungen (Menge, Zusatzleistungsdifferenz) des zweigleisigen Vertriebs ausdrücklich zu regeln.

## **4. TEIL JURISTISCHE BETRACHTUNG II: MIT MACHTBEZUG**

Im 1. Kapitel dieses 4. Teils soll der zweigleisige Vertrieb mit Machtbezug in seinen Auswirkungen auf die Konsumenten, im 2. Kapitel im Verhältnis zwischen Anbieter und Absatzmittler untersucht werden.

### **1. KAPITEL EINSTUFIGER MARKT**

#### **§ 14 ZWEIFLEISIGER VERTRIEB UND KARTELLRECHT**

##### **A Allgemeines**

##### **I. Kartellrechtliche Relevanz des zweigleisigen Vertriebs**

Der zweigleisige Vertrieb kann in dreifacher Weise kartellrechtlich relevant werden: Als machtbegründender Faktor resp. Indiz für das Vorliegen von Marktmacht bei der Bestimmung des Geltungsbereichs des KG, als Element einer Vorkehr im Kartellzivilrecht und als Indiz für volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen im Rahmen einer kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchung.

Im folgenden sollen verschiedene Fallkonstellationen dargestellt werden, in denen der zweigleisige Vertrieb freiheitsbeschränkende Auswirkungen zeitigt. Dabei gilt es, die Kriterien aufzuzeigen, welche den kartellrechtlich irrelevanten vom wettbewerbsausschliessenden zweigleisigen Vertrieb i.S.v. Art.6 KG resp. vom wettbewerbsbeeinträchtigenden oder -verfälschenden zweigleisigen Vertrieb mit volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen i.S.v. Art.29 KG abgrenzen.

Der zweigleisige Vertrieb kann von einem Kartell oder einer kartellähnlichen Organisation im Kontext verschiedenster Marktzustände und Strategien des Marktverhaltens durchgeführt resp. organisiert werden. Dabei sind seine Auswirkungen je nach wirtschaftlicher Situation anders zu beurteilen.

## II. Geltungsbereich des KG

### 1. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich des KG erstreckt sich auf den gesamten Gütermarkt, d.h. den gewinngerichteten Austausch von Leistungen.

### 2. Persönlicher Geltungsbereich

Der persönliche Geltungsbereich umfasst Kartelle und kartellähnliche Organisationen, die Marktmacht haben, d.h. in der Umschreibung des KG, die einen bestimmten (relevanten) Markt beeinflussen oder zu beeinflussen geeignet sind (Art.2 KG) resp. beherrschen oder massgeblich beeinflussen (Art.4).

#### a) Macht

Max Weber's vielzitierte Definition<sup>1</sup>, Macht sei "jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel, worauf diese Macht beruht" genügt noch nicht zur Bestimmung der kartellrechtsrelevanten Marktmacht. "In der wirtschaftlichen Wirklichkeit verfügt jede Unternehmensorganisation über ein bestimmtes Mass von Marktmacht"<sup>2</sup>, was sich aus dem Wesen des funktionsfähigen Wettbewerbs<sup>3</sup> ergibt. Daraus folgt als Charakteristikum des Wettbewerbs, dass individuelle Pläne durchkreuzt und Erwartungen enttäuscht werden<sup>4</sup>. Die Abgrenzung zwischen der wettbewerbseigenen Erwartungsenttäuschung und der wettbewerbsverfälschenden Knebelung durch Machtmissbrauch ist gerade Aufgabe des Kartellrechts.

#### b) Marktmacht

Macht innerhalb wirtschaftlicher Tauschbeziehungen bezeichnen wir als Marktmacht<sup>5</sup>.

1 Wirtschaft und Gesellschaft, 5.A. Tübingen 1972, 1.Hb. S.28, bei § 16.

2 Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S.368.

3 Drolshammer, S.198f. mit FN 98; Homburger, Interessenabwägung, S.96ff; Schluep, Kontrahierungspflicht, S.203; ders. Kartellähnlicher Konzern, S.374f.; Weibel, S.74.

4 Schluep, Kontrahierungspflicht, S.197.

5 Gerhard Scherhorn, Marktinformation und Marktmacht, in: Macht und ökonomisches Gesetz, Hsg. Hans K.Schneider und Christian Watrin, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften NF 74 I, S.583-604 (584); Schluep, Nachfrage-macht, S.568.

Qualifizierte Marktmacht i.S. von Art.2/4 KG wird innerhalb aller Tauschbeziehungen geortet, die sachlich, räumlich und bezüglich der Absatzfunktion einen **relevanten Markt**<sup>6</sup> bilden. Zusätzlich muss auch die Möglichkeit des auf einem Markt Marktmächtigen<sup>7</sup> berücksichtigt werden, Handlungschancen auf andere zu transferieren<sup>8</sup>.

Die Möglichkeiten der potentiell Machtbetroffenen, Handlungschancen nach (Ausweichmöglichkeiten) oder aus ("Countervailing power") andern Märkten zu transferieren, spielt dagegen erst bei der Beantwortung der Frage, ob eine Vorkehr erheblich sei, eine Rolle<sup>9</sup>.

### c) Qualifizierte Marktmacht

Das KG meint nicht die (jedermann zustehende) normale, sondern eine qualifizierte Form von Marktmacht, die einen bestimmten (relevanten) Markt beeinflusst oder zu beeinflussen geeignet ist (Art.2 KG) resp. beherrscht oder massgeblich beeinflusst (Art.4)<sup>10</sup>.

Diese qualifizierte Marktmacht eines Unternehmens wirkt sich aus in der **spürbaren** Beschränkung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite<sup>11</sup>, der **wesentlichen** Aenderung der Aktionsvariablen zu Lasten des schwächeren Interaktionspartners<sup>12</sup> und der Fähigkeit, diese "ohne Rücksicht auf die Marktlage zu *Umwer-tungen zwingen* zu können"<sup>13 14</sup>. Dies führt wiederum dazu, dass "sich umgekehrt

---

6 Zur Abgrenzung des relevanten Markts statt vieler: Baur, Der relevante Markt; Homburger, Interessenabwägung, S.61ff.; Erich Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Baden-Baden 1974, S.25ff, 32ff.; Kühne, S.32ff; Sandrock, Grundprobleme der sachlichen Marktabgrenzung; Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S.370; Schmidt, Wettbewerbspolitik, S.49ff.; jeweils m.w.H. Die Abgrenzung des relevanten Markts ist immer eine Wertungsfrage, eine normative Entscheidung, die bezüglich bestimmter erwarteter Ergebnisse legitimiert werden muss. Dazu Schluep, Nachfragemacht, S.577f.; ders., Kontrahierungspflicht, S.195ff.; vgl. dazu Burckhardt, System und Methode des Rechts, S.146 mit FN 24. A.M. Barbey, Kartellgesetz und marktmächtige Pharmaunternehmen, S.123.

7 Drolshammer, S.28; Baur, Der relevante Markt.

8 Dazu Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S.385ff.

9 Schluep, Kontrahierungspflicht, S.197ff.

10 Zur Bestimmung der Marktmacht Barbey, Kartellgesetz und marktmächtige Pharmaunternehmen, S.124ff.; Drolshammer, S.30ff., 72f., 157f.; Hoppmann, Preiskontrolle und Als-ob-Konzept, Tübingen 1974, S.16; Niederhauser, S.74ff.; Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S.367ff.; ders., Nachfragemacht, S.579; ders., Kontrahierungspflicht, S.194ff.; Schmidt/Rittaler, S.56ff., 65ff.

11 Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S.368; ders., Nachfragemacht, S.568.

12 Kühne, S.57.

13 Arndt, Markt und Macht, S.135.

14 Macht ist eine "relationale Grösse, die sich nur in der ständigen Konfrontation reproduziert" (Gerstenberger/Vogt, Macht und Dissens, S.232).



der Handlungsspielraum der marktmächtigen Unternehmung erweitert"<sup>15</sup>. Die kartellrechtliche Machtdiagnose besteht darin, durch Markttests (Marktstrukturtests, Marktverhaltenstests und Marktergebnistests)<sup>16</sup> diese qualifizierte Marktmacht von der normalen Marktmacht abzugrenzen.

"Hat ein Wirtschaftssubjekt Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in der Ausübung erheblich behindert ... so hat man es mit einem Kartell oder einer ähnlichen Organisation zu tun."<sup>17</sup> Vom Vorliegen einer behindernden Vorkehr oder volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen kann auf das Bestehen eines Machtpotentials zurückgeschlossen werden<sup>18</sup>.

#### d) Eignung oder tatsächliche Beherrschung?

Bei Kartellen genügt die Eignung zur Marktbeherrschung (Art.2 Abs.1 KG), bei kartellähnlichen Organisationen verlangt die h.L. dagegen (tatsächliche) Beherrschung oder massgebliche Beeinflussung (Art.4 Abs.1 KG), damit das Vorliegen von kartellrechtsrelevanter Marktmacht bejaht wird. Die Kartellkommission<sup>19</sup> und Schluep<sup>20</sup> nehmen jedoch mit guten Gründen an, ein Unternehmen könne den Markt auch dann massgeblich beeinflussen und also über Marktmacht verfügen, wenn ansonsten wirksamer Wettbewerb herrsche.

### III. Anwendungsbereich des KG

#### 1. Privates Kartellrecht

In der schweizerischen Lehre ist unbestritten, dass es Aufgabe des privatrechtlichen Kartellrechts ist, die Freiheit der Unternehmungen<sup>21</sup> zu schützen, die eigene "*effektive Wettbewerbskraft ... (unbehindert) ... zur Geltung bringen zu können*"<sup>22</sup>.

15 Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S.368, Zirkuläre Verknüpfung der Macht.

16 Dazu statt aller Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S.368f.

17 Schluep; Kontrahierungspflicht, S.197.

18 So auch Kummer, Begriff S.71; Schluep, Kontrahierungspflicht, S.197. Die definitionsnotwendige Machtausübung kann in der zu beurteilenden, aber auch in andern Handlungen bestehen. Dazu Barbey, Anwendung, S.31f.; Hoppmann, Behinderungsmisbrauch, S.23; Schluep, Kontrahierungspflicht, S.197; ders., Nachfragemacht, S.580; Spoendlin, Verhältnis, S.377; wohl zu absolut Drolshammer, S.239.

19 VKK 1985, S.190ff.

20 Wirksamer Wettbewerb, S.62.

21 Zum rechtlichen Begriff der Unternehmung als "produktive Leistungseinheit" Schluep, Wirtschaftsverfassung und Unternehmensverfassung, S.616ff., 623.

22 Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S. 370.

Dieser Freiheitsschutz konkretisiert das Persönlichkeitsrecht des behinderten Unternehmens<sup>23</sup>, die private, auf die wettbewerblichen Ziele bezogene Wettbewerbsfreiheit<sup>24</sup>.

Der Freiheit des Behinderten steht die Freiheit des oder der Behindernden gegenüber. Die zentrale Aufgabe des Kartellrechts besteht darin, diese Freiheitsbereiche gegeneinander abzugrenzen, "das **Sein** und **Tun** der einen mit **Sein, Tun** und **haben** der andern in Einklang zu bringen<sup>25</sup>.

Auf der Stufe der Wirtschaftsverfassung konkretisiert sich dieses Abgrenzungsproblem in der Frage, ob das Kartellrecht per se eine Ausnahme von der Handels- und Gewerbefreiheit darstelle oder nicht<sup>26</sup>.

Normativ wurde dieses Abgrenzungsproblem durch einen zweistufigen Aufbau des Kartellprivatrechts und des öffentlichen Rechts angegangen:

- Zum einen ist eine Vorkkehr nur dann unzulässig, wenn sie Dritte erheblich behindert oder vom Wettbewerb ausschliesst (Art.6 KG).
- Zum andern ist eine unzulässige Vorkkehr der Rechtfertigung zugänglich, sofern sie "durch überwiegende schutzwürdige private Interessen gerechtfertigt ist und ihre Auswirkungen das Gesamtinteresse nicht verletzen"<sup>27</sup>. Ob ein Rechtfertigungsgrund gegeben ist, wird durch eine Interessenabwägung zwischen Kartell oder ähnlicher Organisation und Behindertem im Einzelfall bestimmt. Dabei geht bei beidseitigen schutzwürdigen Interessen dasjenige vor, das nach privatrechtlichen Wertgesichtspunkten überwiegt. Ein solcherart überwiegendes Inter-

---

23 Schluep, Kontrahierungspflicht, S.199; ders. Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S.394; Weibel, S.77f.; Zusammenfassung der Praxis des Bundesgerichts vor Inkrafttreten des aKG in BGE 86 II 376ff.

24 Leo Schürmann, Die Durchführung des KG, WuR 21 (1969), S.65 - 94 (70f.); Merz, Kartellrecht - Instrument oder Schutz, S.231f.

25 Schluep, Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S.394.  
Gleichzeitig schützt das KG auch den Wettbewerb als Ordnungszusammenhang, vgl. Merz, Kartellrecht - Instrument oder Schutz, S.234, 241f.; Spoendlin, Verhältnis, S.364 m.w.H.; a.M. Homberger, Zur Funktion des Kartellrechts, S.35f., 55ff., spez. S.77ff.. In dieser Funktion schützt das Kartellrecht nicht nur die Konkurrenten vor einander, sondern (direkt oder indirekt) auch die Konsumenten. So Merz, Kartellrecht - Instrument oder Schutz S.246; vgl. auch Schürmann, Wettbewerb und Gemeinwohl, S. 534ff.: "Nützlichkeit" und "Freiheitsaspekt" des Wettbewerbs. Das Prinzip des "möglichen Wettbewerbs" beruht auf der Erwartung einer weitgehenden Selbststabilisierung des Wettbewerbs. Dazu Drolshammer S.104ff. m.w.H.

26 Dazu Fritz Gygi, Verfassungsrechtliche Richtpunkte einer schweizerischen Kartellgesetzgebung; ders., Wirtschaftspolitik als Begriff des Verfassungsrechts, FS Hugo Sieber, S. 73-83, der mit überzeugenden Gründen nachweist, dass der Gesetzgeber durch Art.31bis Abs.3 lit.d BV die inhaltlich offene Kompetenz erhalten hat, eine ihm sachgerecht erscheinende Regelung zu erlassen, die "nötigenfalls" auch von der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen kann, nicht aber per se abweicht. A.M. Homberger, Zur Funktion des Kartellrechts; Usteri, Verhältnis, S.23f.

27 Art.7 Abs.1 KG mit beispielhaften einzelnen Rechtfertigungsgründen in Abs.2.

esse muss allerdings zurücktreten, wo es ein Gesamtinteresse verletzt, d.h. das Erreichen eines gesamtwettbewerblichen Wertes oder Ziels verhindern würde<sup>28</sup>.

## 2. Öffentliches Kartellrecht

Der Wettbewerb als Schutzobjekt des öffentlichen Kartellrechts<sup>29</sup> ist - wie Schluep<sup>30</sup> nachgewiesen hat, auf zweifache Weise geschützt. Einmal durch die Kontrolle, ob die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen **überwiegen** (Art.29 Abs.3 Satz 1 KG), zum andern durch die Kontrolle, ob wirksamer Wettbewerb **besteht** (Satz 2).

Auf dem ersten Weg dient die Saldomethode dazu, die funktional negativen Auswirkungen der zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkung bezüglich gewisser wettbewerblicher Ziele und Werte gegen die dadurch bedingte bessere Verwirklichung anderer Ziele und Werte aufzurechnen. Dabei handelt es sich um ein **Optimierungsproblem im Rahmen von Zielkonflikten**" <sup>31</sup>. Der Zustand der Wettbewerbsbeschränkung schneidet vor allem dann positiv ab, wenn der unbeschränkte Wettbewerb ungünstige Strukturen und Verhaltensmuster aufweist<sup>32</sup> (Marktversagen).

Auf dem zweiten Weg wird mit dem Befund, es sei wirksamer Wettbewerb auf einem Markt verhindert, zugleich die volkswirtschaftliche und soziale Schädlichkeit der Auswirkungen der zu beurteilenden Wettbewerbsbehinderung festgestellt. Diese Feststellung steht unter dem **Rechtfertigungsvorbehalt** des unvorhergesehenen Sonderfalles<sup>33</sup>.

Das neue Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985, in Kraft seit dem 1. Juli 1986, hat gegenüber dem alten Kartellgesetz vom 20. Dezember 1962 zumindest in dem Bereich eine stärkere Gewichtung des wettbewerblichen Aspekts gebracht, in dem wirksamer Wettbewerb verhindert zu werden droht (Art.29 Abs.3 Satz 2 KG)<sup>34</sup>.

28 Dazu Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S. 67 FN 273, 71; Arnold Koller, Von der Rechtfertigung der Kartellordnung und den Vorkehrungen zu ihrer Durchsetzung, SAG 50(1978) S.59ff.; Herbert Wohlmann, Rechtssicherheit und Kartellrecht, SAG 50 (1978) S.103ff.; BGE 112 II 277ff.

29 Dazu Barbey, Kartellgesetz und marktmächtige Pharmaunternehmen, S.102; Schluep, Kontrahierungspflicht, S.220; ders., Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S.389ff.; Sieber, Kritik, spez. S.534ff.; Spoendlin, Verhältnis, S.364, jeweils m.w.H.

30 Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S.64ff., S.74.

31 Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S.67.

32 Preis- und Strukturstarreheit, s. § 8 C III.3.

33 Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S.69.

34 Zur Revisions-Diskussion: Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13. Mai 1981; François Brunner, Le projet de révision de la loi fédérale sur

Die Vertreter einer konservativeren Wertordnung hätten dagegen eine Beschränkung der fremdstabilisierenden Kraft des KG auch in den Bereichen der Wettbewerbsverhinderung vorgezogen. Sie sehen dagegen die für sie massgeblichen Ziele und Werte<sup>35</sup> in vielen Fällen durch private Vereinbarungen besser verwirklicht als durch den Wettbewerb.

## **B Kartellzivilrechtliche Beurteilung**

### **I. Zweigleisiger Vertrieb im Geltungsbereich des KG**

#### **1. Zweigleisiger Vertrieb kein Machtindiz**

Wie oben ausgeführt, kann der zweigleisige Vertrieb auch von einem Anbieter durchgeführt werden, der nicht über Marktmacht verfügt. Es kann deshalb nicht ohne weiteres von einem zweigleisigen Vertrieb auf das Bestehen von kartellrechtsrelevanter Marktmacht zurückgeschlossen werden.

#### **2. Kartell**

Ein zweigleisiger Vertrieb fällt dann in den Geltungsbereich des KG, wenn er von einem Kartell i.S. von Art. 2 KG ausgeht, das seinen Mitgliedern vorschreibt, ihre Produkte in bestimmten Fällen zweigleisig zu vertreiben. Derartige Fälle kommen vor allem im Zusammenhang mit dem produktionsrationalisierenden zweigleisigen Vertrieb vor.

---

les cartels, Exposé, RSDIC 5 Nr. 15, 1982, S.55 - 61; Materialien 1978 zur Revision des Schweizerischen KG, Sonderheft WuR 31 (1979) S.83 - 164, franz. RSDIC Nr.5, 1979, S.57ff.; Hugo Sieber, Zur Diskussion über die Revision des KG, Schweizerische Wettbewerbspolitik, Bern 1981, S.143ff.; Bruno Schmidhauser, Der bundesrätliche Entwurf zur Revision des KG im Vergleich zum Entwurf der Expertenkommission, RSDIC 5 Nr. 13, 1981, S.22 - 45; Walter R. Schluep, Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission zur Revision des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen, ZbJV 1979, S.63ff., auch in RSDIC Nr.5, 1979, S.7-36; Jacques Werner, Le projet de révision de la loi fédérale sur les cartels, Exposé, RSDIC Nr.15, 1982, S.63 - 78; StenBull(St) 1982 S.515 - 554, 1985 S.568 - 581, 691 - 695, 770; StenBull(N) 1985 S.1 - 59, 1908 - 1921, 2130, 2275; Schorer, Gesetzgebungsarbeiten, S.50 ff.

35 Z.B. das Ideal einer ständischen, korporativen Solidarität bei Martin Usteri, Verhältnis.



### 3. Kartellähnliche Organisation

Auch der zweigleisige Vertrieb, der von einem einzelnen wirtschaftlichen Unternehmen durchgeführt wird, das über Marktmacht verfügt (einer kartellähnlichen Organisation i.S. von Art.4 Abs.1 KG), wird vom KG erfasst. Dieser Fall steht im folgenden im Zentrum der Untersuchung.

Es genügt, wenn das betreffende Unternehmen auf einem der Märkte, auf denen es tätig ist, Marktmacht hat<sup>36</sup>. Dieser Aspekt der **Unternehmensmacht schlechthin** des Mischkonzerns interessiert im Rahmen dieser Untersuchung vor allem dann, wenn die einzelnen Varianten des zweigleisigen Vertriebs auf verschiedenen Märkten angeboten werden, der Anbieter aber nur auf einem Markt marktmächtig ist.

Selten dürfte der zweigleisige Vertrieb auf einem stillschweigend abgestimmten Verhalten mehrerer Unternehmen beruhen (Art.4 Abs.1 lit.b. KG)<sup>37</sup>.

Es kommt vor, dass Konzerntöchter (Art.4 Abs.1 lit.c.KG) das von der Muttergesellschaft bezogene Basisprodukt unter ihrer jeweiligen Marke vertreiben, so dass dasselbe Basisprodukt unter verschiedenen Marken vertrieben wird, die jeweils unterschiedlichen Konzerngliedern gehören.

## II. Zweigleisiger Vertrieb im Anwendungsbereich des KG

### 1. Zweigleisiger Vertrieb als Machtmissbrauch

In einer mikroökonomischen Betrachtungsweise gilt die Differenz zwischen Preis und Grenzkosten, dividiert durch den Preis, der "Lernersche Monopolgrad"<sup>38</sup>, als Mass der Marktmacht(-ausübung). Wie wir in § 4 gesehen haben, dient der zweigleisige Vertrieb immer dazu, die Gewinnsituation des Anbieters zu verbessern, wobei für mindestens eine der Varianten eine monopolistische Absatzsituation besteht. Aber der Lernersche Monopolgrad ist in der Praxis schon darum kein taugliches Kriterium zur Bestimmung der Machtausübung, weil die gewinnlose

<sup>36</sup> Dazu grundlegend Schlupe, Kartellähnlicher Konzern, S.385ff.; Barbey, S.65.

<sup>37</sup> Nach vereinzelter Meinung liegt auch das Handeln einer Mehrzahl von (je einzeln nicht marktmächtiger) Unternehmer, die sich unabhängig voneinander gleich verhalten, im Geltungsbereich des KG. So Meier, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, S.307. Benisch, Gemeinschaftskomentar, zu § 26 Abs.2 und 3; anders Botschaft, S.39.

<sup>38</sup> Dazu Schumann, Grundzüge, S.239f.



vollkommene Konkurrenz keine Zielvorgabe der Wettbewerbspolitik darstellt. Auch langfristige überdurchschnittliche Gewinne sind an sich kein zuverlässiges Indiz für Machtmissbrauch<sup>39</sup>.

## 2. Vorkehr als freiheitsbeschränkender Machtmissbrauch

Vorkehren sind **ohne sachlich gerechtfertigten Grund** vorgenommene machtbe- gründete Handlungen, die auf den **Ausschluss** vom oder die **erhebliche** Behinde- rung im Wettbewerb von bestimmten<sup>40</sup> Wettbewerbsakteuren zielen. Eine solche Missbrauchshandlung, die konkrete, erhebliche Freiheitsgrade der Betroffenen auf- heben, ist i.S.von Art.6 KG kartellrechtswidrig, wenn sie nicht nach Art.7 KG ge- rechtfertigt werden kann. Die sachlich beschränkte Grundlage für Eingriffe in den Wettbewerb bedeutet eine normativ-operationale Beschränkung der fremdstabili- sierenden Kraft des KG. Es stellt sich im folgenden die Frage, in welchen Fallkon- stellationen ein zweigleisiger Vertrieb Element einer solchen erheblichen Vorkehr bildet.

## 3. Erheblichkeit

Das Kriterium der Erheblichkeit<sup>41</sup> führt ebenfalls zur Ausgrenzung der normalen, wettbewerbseigenen Behinderungen aus dem Anwendungsbereich des KG.

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Behinderung erheblich sei (Art.6 KG), ist entscheidend, ob und wenn ja welche Ausweichmöglichkeiten dem Betroffenen unter den gegebenen Umständen zur Verfügung stehen. Mit der Bestimmung der Erheb- lichkeit wird demnach auch der geschützte Freiheitsbereich vermark: "Der von ei- ner unerlaubten Geschäftsverweigerung oder Behinderung Betroffene ist dann vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Aufnahme oder Ausübung in erhebli- cher Weise behindert" (Art.6 Abs.1 KG), wenn er (nur) durch eine - prinzipiell unzumutbare - grundsätzliche Neuorientierung seiner Geschäftspolitik wirtschaft- lich überleben könnte<sup>42</sup>. Im Zusammenhang mit dem zweigleisigen Vertrieb stellt

39 Vgl. dazu VKK 1976, S.121ff. (Amidro), BGE 107 II 277ff. (Veledes gegen Denner), mit Bemerkungen in SAG 1981, S.33; a.M. Niestrath, S.78.

40 Es gibt auch Vorkehren, die sich ununterschieden gegen **alle** Marktpartner richten z.B. Kopp- lungsgeschäfte, Art.6 Abs.2 KG.

41 Zur Frage der Erheblichkeit Drolshammer, S.238; Homburger, Interessenabwägung, S.101; Bot- schaft 1981, S.48; BGE 98 II 374; 112 II 274ff. Kummer, Die "Erheblichkeit" der Wettbewerbs- behinderung (KG 4) nach der Praxis des Bundesgerichts, FS Deschenaux, S.543-561; Merz, Das Schweizerische Kartellgesetz S.40ff.; ders., ZbJV 121 (1985) S.224; Schluep, Kontrahierungs- pflicht, S.204ff.; Weibel, S.76; VKK 1976, S.167.

sich hier vor allem die Frage der Substituierbarkeit der beiden Varianten unter der konkreten, zu beurteilenden Situation<sup>43</sup>.

#### 4. Erhebliche Behinderung mit sachlich gerechtfertigtem Grund

Ein zweigleisiger Vertrieb wird nicht dadurch dysfunktional und wettbewerbsbehindernd, dass er von einer marktmächtigen wirtschaftlichen Organisation durchgeführt wird. Die schweizerische Rechtsordnung steht nicht nur dem Entstehen und Bestehen von Marktmacht<sup>44</sup>, sondern auch dem durch legitime Geschäftsinteressen bedingten Handeln marktmächtiger Organisationen neutral gegenüber.

Wenn ein Verhalten, das ohne Marktmacht nicht durchführbar wäre, sich durch sachliche Gründe, "legitimate business reasons", rechtfertigen lässt, liegt **keine** Vorkehr i.S.v. Art.6 KG vor, auch dann nicht, wenn dieses Verhalten die Wettbewerbsmöglichkeiten der andern Marktteilnehmer einschränkt<sup>45</sup>.

Vom normalen, durch vernünftige Gründe sachlich gerechtfertigten Verhalten eines marktmächtigen Unternehmens ist also die unzulässige, wettbewerbsbehindernde Vorkehr abgegrenzt werden.

Die oft zitierte Formel, die Schluep bezüglich der Geschäftsverweigerung prägte, gibt allgemeine Anhaltspunkte für diese Abgrenzung: "Geschäftsverweigerungen sind immer dann zulässig, wenn sie auch bei normalem Wettbewerbsdruck objektiv geboten wären, wenn mithin irgendein Konkurrent ohne gesteigerten Markteinfluss *ceteris paribus* sich gleich verhielte."<sup>46</sup> "Nicht nur, was jedermann als ordentlicher Kaufmann auch ohne Marktmacht unternähme, ist keine Vorkehr; vielmehr auch, was er vernünftigerweise täte, wenn er könnte."<sup>47</sup>

42 Merz, Kartellgesetz, S.32; Schluep, Kontrahierungspflicht, S.198f.; Drolshammer, S.235ff., hält die Substituierbarkeit von Art.6 für durch den relevanten Markt von Art.2 - 4 bestimmt (a.M. Schluep a.a.O.; Weibel, S.75). Von der subjektiv begründeten mangelnden Substituierbarkeit ist die selbstverschuldete Abhängigkeit zu unterscheiden. Dazu Schluep, Nachfragemacht, S.583; ders., Kontrahierungspflicht, S.198f. Benisch, Gemeinschaftskommentar, zu § 26 Abs.2 und 3.

43 Eine andere Form des Machtmissbrauchs umschreibt Art.29 KG mit dem Begriff der volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen. Auf die zu ihrer Bestimmung angewendete Saldomethode wird unten ( D ) eingegangen.

44 Dazu ausführlich, Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S.375; ders., Kontrahierungspflicht, S.213; Drolshammer, S.30ff.

45 Einer Rechtfertigung i.S.v.Art.7 KG bedarf ein derartiges Verhalten also nicht.

46 Kontrahierungspflicht, S.213; ders., Alleinvertriebsvertrag, S.65.

47 Vertikalkonzern, S.108; vgl. auch Drolshammer, S.203.

Im Rahmen dieser Untersuchung geht es darum, Kriterien zu formulieren, anhand derer zulässige Formen des zweigleisigen Vertriebs von unzulässigen, auf "blankem Machteinsatz" beruhenden abgegrenzt werden können<sup>48</sup>.

### **III. Fallgruppen des kartellrechtswidrigen zweigleisigen Vertriebs**

#### **1. Konkurrentenbezogene Behinderung (Behinderungsmissbrauch)**

Der Anbieter kann die Zweitmarke unter Verwendung von Gewinnen, die er (mit oder ohne Ausbeutungsmissbrauch) mit der ersten Variante erwirtschaftet hat, subventionieren (Mischkalkulation).

##### **a) Aus sachlich gerechtfertigten Gründen**

Es ist nicht zulässig, bei jeder Mischkalkulation eine Unterbietungs- und Verdrängungsabsicht zu vermuten<sup>49</sup>. Sowohl unterschiedlichen Kosten für die jeweiligen Zusatzleistungen und das Marketing als auch die unterschiedlichen Nachfragerpräferenzen und Marktstrukturen sind vernünftige Gründe, um den Preis für die Varianten zu differenzieren. Der Transfer von Ressourcen zur Stützung einer Variante, mit welcher der Anbieter keinen Verdrängungszweck verfolgt (Verteidigungstransfer), stellt an sich keine Vorgehr, keinen Machtmissbrauch dar. Denn das Anbieten einer zweiten, billigeren Variante kann auch dann aus sachlich gerechtfertigten Gründen für den Anbieter sinnvoll sein, wenn nur eine der Varianten einen Vollkostenbeitrag erbringt, die andere bloss einen Teilkostenbeitrag<sup>50</sup>.

Selbst wenn eine Variante nicht einmal ihre eigenen Teilkosten deckt, sind "legitimate business reasons" denkbar, die den Anbieter veranlassen, den Vertrieb dieser Marke nicht einzustellen (Produktpalettenabrundung, Markterkundung etc.)

---

48 Zur Interessenabwägung zwischen der marktmächtigen wirtschaftlichen Organisation und dem betroffenen Dritten Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S.377; anschauliche Beispiele bei Drolshammer, S.211ff.

Nach der hier vertretenen Meinung können die legitimen Geschäftsinteressen durch einen funktionalen Vergleich von den einzelwirtschaftlich zwar vernünftigen, aber kartellrechtswidrigen Vorgehren abgegrenzt werden. Der funktionale Vergleich auf dieser Stufe ist so vorzunehmen, dass die (indirekten) Folgen der Wettbewerbsbehinderung auf die wettbewerbliche Gesamtsituation aus der Betrachtung ausgeklammert werden. D.h. die eingeschränkten Wettbewerbsmöglichkeiten des Opfers werden an sich als negative Folge bewertet. Erst auf einer zweiten Stufe, bei der Beantwortung der Frage, ob Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art.7 KG vorliegen, müssen auch indirekte Auswirkungen der Wettbewerbssituation auf die wirtschaftliche Gesamtsituation in die Bewertung einbezogen werden.

49 So aber Jacob-Steinorth, S.111.

50 S. § 3 B III.

Mit der zweiten oder beiden Varianten können potentielle Konkurrenten auch legitimerweise ferngehalten werden, weil die mit den Varianten verbundenen Zusatzleistungen die ganze von den Nachfragern verlangte Produktpalette abdecken, so dass für "newcomer" keine Marktnische frei bleibt.

## b) Als Vorkehr

Anderes wenn der Anbieter eine zweite, billigere Variante subventioniert, um einen Konkurrenten durch gezielte Preisunterbietung i.S.von Art.6 Abs.2 lit.c KG zu eliminieren, d.h. vom Wettbewerb auszuschliessen (Art.6 Abs.1 KG). Das Ziel dieser Strategie besteht darin, nach der Verdrängung durch das Fordern von Monopolpreisen die neugewonnene Machtposition auszunützen<sup>51</sup>.

Nach der hier vertretenen Meinung stellt der zweigleisige Vertrieb auch dann eine Vorkehr dar, wenn der Anbieter die zweite Variante<sup>52</sup> dazu verwendet, potentiellen Konkurrenten den Markteintritt zu erschweren, ohne dass dies durch verbesserte Befriedigung der Nachfragerbedürfnisse mittels unterschiedlicher Zusatzleistungen gerechtfertigt wäre. Dies jedenfalls dann, wenn er auf dem so geschlossenen Markt mit der ersten Variante einen Preismissbrauch durchführt. Unter diesen Umständen ist der Preismissbrauch mit der ersten Variante nicht denkbar ohne die gegen potentielle Wettbewerber gerichtete Vorkehr.

## 2. Ausbeutung der Konsumenten (Ausbeutungsmissbrauch)

Ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation hat - wie jeder andere Anbieter - die Möglichkeit, einen preisdiskriminierenden zweigleisigen Vertrieb durchzuführen, um damit die Zahlungsbereitschaft der Konsumenten maximal auszunützen. Die erfolgreiche Durchführung dieser Ausbeutungsstrategie setzt keine Marktmacht i.S. des KG voraus, sondern beruht auf der Senkung der Markttransparenz, nicht auf Machteinsatz. Es gehört ja gerade zum Wesen und Zweck des zweigleisigen Vertriebs als indirekte Marktsplaltung, dass die Nachfrager zwischen den Varianten wählen können<sup>53</sup>.

51 Stöhr, S.128, 179ff.; allg. Aeberhard, S.23f. und 44ff.

Zu den speziellen Bedingungen, die zur erfolgreichen Durchführung dieser Strategie gegeben sein müssen, s. § 8 D I.2. Ihre Diskussion ist von eher theoretischem als praktischem Wert. Dazu Weibel, S.103.

52 Oder beide Varianten.

53 § 1 B IV.



Wohl kann der höhere Preis ein Missbrauchspreis aufgrund von monopolistischer Preisüberhöhung sein. Unter der Geltung des KG steht aber den Konsumenten auch diesfalls kein Klagerecht zu<sup>54</sup>.

## **C Kartellverwaltungsrechtliche Beurteilung**

### **I. Vorbemerkungen**

Im Rahmen einer Untersuchung durch die Kartellkommission nach Art.29 KG ist zweierlei zu beurteilen: Einmal ob ein von einem Kartell oder einer kartellähnlichen Organisation durchgeführter zweigleisiger Vertrieb als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung oder -verfälschung überwiegende volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigt. Andererseits ob auf dem betreffenden Markt durch zweigleisigen Vertrieb wirksamer Wettbewerb verhindert wird.

Dass ein zweigleisiger Vertrieb zentrales Objekt einer derartigen Untersuchung wird, ist allerdings wenig wahrscheinlich, weil die Beteiligten bestrebt sein werden, den mit der Veröffentlichung einer Sonderuntersuchung verbundenen negativen Publizitätseffekt<sup>55</sup> zu vermeiden, indem sie vorher zu einer einvernehmlichen Regelung (Art.28 Abs.2 KG) mit der Kartellkommission Hand bieten. D.h. sie werden dem preisdifferenzierenden zweigleisigen Vertrieb durch Preisangleichung die Dysfunktionalität nehmen oder den Vertrieb einer Variante einstellen.

### **II. Untersuchungsmethode der Kartellkommission**

#### **1. Saldierung der volkswirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen**

Bei der Bewertung des zweigleisigen Vertriebs sind gemäss der Saldomethode<sup>56</sup>

---

54 Dazu Drolshammer, S.41; anders de lege ferenda Tilmann. Zur Rechtsstellung des Verbrauchers bei Wettbewerbsdelikten.

Konsumenten seien keine Wettbewerber i.S. des KG, weil zwischen ihnen kein Wettbewerbsverhältnis bestehe. So ausdrücklich Kummer, Begriff, S.56ff. (ausser für bedeutungslose Ausnahmen); Dreyer, S.122.

55 "Verhaltenssteuerungsinstrument der Veröffentlichung" (Drolshammer, S.46 FN 115).

56 Dazu authentisch und umfassend Sieber, Kritik; ders., Ueber die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen.



die nützlichen und schädlichen Auswirkungen dieses Vertriebssystems im konkreten Fall gegeneinander abzuwägen.

Die wesentlichen Erscheinungen, bezüglich derer die Wirkungen untersucht werden, sind: Möglichkeit, Ausmass, Lauterkeit und Unverfälschtheit des Wettbewerbs; Preise und Qualität der Produkte; Produktions- und Vertriebskosten und Branchenstruktur, Wettbewerbsfreiheit und Auswahlmöglichkeiten der Nachfrager.

Die festgestellten Wirkungen auf diese Erscheinungen werden "im Lichte der wirtschafts- und sozialpolitischen (wettbewerblichen und anderen) Ziele, welche sich in unserem Land mit den einzelnen Erscheinungen verbinden"<sup>57</sup>, bewertet. Die Ergebnisse werden nach ihrem funktionalen Bezug auf die wettbewerblichen Ziele und Werte gewichtet<sup>58</sup> und saldiert<sup>59</sup>.

## **2. Verhinderung von wirksamem Wettbewerb**

Wenn die Kartellkommission feststellt, dass ein Kartell oder eine ähnliche Organisation wirksamen Wettbewerb verhindert, erübrigt sich gemäss Art.29 Abs.3 Satz 2 KG eine Saldierung der volkswirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen. Die Schädlichkeit wird in jedem Fall bejaht, wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.

## **III. Mögliche Auswirkungen**

Der zweigleisige Vertrieb erhöht den Grad der Produktdifferenzierung auf einem bestimmten Einzelmarkt und senkt die Markttransparenz.

### **1. Positive Auswirkungen**

In folgenden Marktsituationen hat der zweigleisige Vertrieb positive Auswirkungen:

<sup>57</sup> Sieber, Kritik, S.525.

<sup>58</sup> S. § 7 A II.3.

<sup>59</sup> Sieber, Kritik, S.531f.; s.o. A II.2.

- Der preisdifferenzierende zweigleisige Vertrieb vergrössert die preislichen Auswahlmöglichkeiten der Konsumenten. Vor allem eine neue billigere Variante verbessert das Preis-Leistungsverhältnis.
- Der zweigleisige Vertrieb mit unterschiedlichen Zusatzleistungen verbessert die Befriedigung spezifischer Bedürfnisse.
- Auf einem oligopolistischen Markt mit homogenen Produkten senkt der zweigleisige Vertrieb die oligopolistische Interdependenz und lockert die Preisstarrheit.
- Auf einem Markt mit hohen Austrittsschranken und ungenügendem Ertrag der Anbieter vergrössert der zweigleisige Vertrieb die Gewinnmöglichkeiten und löst die strukturelle Starrheit.
- Bei einer Veränderung der Marktsituation erleichtert der zweigleisige Vertrieb die Anpassung an die neue Marktsituation, vor allem an das neue Preisniveau.
- Durch die grösseren Stückzahlen des Basisprodukts sinken die Produktionskosten pro Einheit (Produktionsgrössenvorteile).
- Die konzentrierte Produktion von einzelnen Produkttypen mit anschliessenden Kollegenlieferungen erlaubt es, dezentrale, mittelständische Produktionsstrukturen und Marken mit jeweils eigenen Zusatzleistungen zu erhalten, gleichzeitig aber von Produktionsgrössenvorteilen zu profitieren.

## **2. Negative Auswirkungen**

Der zweigleisige Vertrieb kann aber auch mit volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen verbunden sein:

- Die Produktvarianten können zur Verdrängung oder Fernhaltung von Konkurrenten eingesetzt werden.
- Eine Produktvariante oder der zweigleisige Vertrieb als einheitliche Strategie können zur langfristigen Ausbeutung der Konsumenten durch Senkung der Markttransparenz verwendet werden.

## **3. Zweigleisiger Vertrieb durch Kartellmitglied**

### **a) Zweigleisiger Vertrieb aufgrund der Kartellbindung**

Der produktionsrationalisierende zweigleisige Vertrieb kann mit einer kartellistischen Abrede verbunden sein, die eine gegenseitige Gebietsabgrenzung und Preisabsprachen vorsieht und Querlieferungen an Dritte verbietet.

## b) Zweigleisiger Vertrieb als Bruch der Kartellbindung

Wenn ein Kartellmitglied sein Produkt unabhängig von oder in Missachtung der Kartellbindung zweigleisig vertreibt, so vergrössern sich in jedem Fall die Preis- oder Leistungswahlmöglichkeiten der Nachfrager. Weiter ist zu unterscheiden:

- Entweder das Lancieren einer zweiten (meist billigeren) Variante bildet eine dynamische Wettbewerbshandlung, die tendenziell die kartellistischen Marktstrukturen auflöst und zu einer generellen Preissenkung führt. Dies gilt vor allem dann, wenn ein - auf dem ersten Gleis kartelltreuer - Anbieter mit der zweiten Variante als Reaktion auf Absatzschwierigkeiten oder als Ansatz zu einer aggressiven Aussenseiterstrategie die Kartellbindung partiell unterläuft. Der zweigleisige Vertrieb hebt in diesem Fall die Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. Art.29 Abs.2 KG durch die Kartellvereinbarung partiell auf und nimmt ihr u.U. die Erheblichkeit. Jedenfalls werden die (negativen) Auswirkungen des Kartells auf die Wettbewerbsfreiheit und das Wettbewerbsausmass durch den zweigleisigen Vertrieb in einem gewissen Rahmen kompensiert.
- Oder der Anbieter verwendet die Zweitmarke bloss zur Absicherung der Positionierung der Erstmarke und zur langfristigen Preisdiskriminierung, indem er die durch die unterschiedliche Markierung erschwerte Markttransparenz ausnützt. In diesem Fall überwiegen die volkswirtschaftlich und sozial negativen Auswirkungen des Kartells<sup>60</sup>.
- Wenn die Varianten mit derart deutlichen Zusatzleistungsdifferenzen angeboten werden, dass eine interne Substitution ausgeschlossen ist, wäre der zweigleisige Vertrieb an sich nicht negativ zu bewerten, hat aber keine positiven Auswirkungen bezüglich der wettbewerblichen Folgen der Kartellbindung.

## 4. Zweigleicher Vertrieb durch kartellähnliche Organisation

Die angestellten Ueberlegungen gelten mutatis mutandis auch dann, wenn die Preise der Erstmarke aufgrund von stillschweigend gleichförmigem Verhalten erstarrt sind. Wenn ein einzelner marktmächtiger Anbieter einen zweigleisigen Vertrieb durchführt, hat die Kartellkommission in entsprechender Weise die positiven (Auflockerung der Marktstruktur) und die negativen (Absicherung der Positionierung der Erstmarke) Auswirkungen dieser Absatzstrategie gegeneinander abzuwägen.

---

60 N.B. Der zweigleisige Vertrieb selbst, der durch ein einzelnes, an sich nicht marktmächtiges Kartellmitglied durchgeführt wird, liegt nicht innerhalb des Geltungsbereichs des KG. Die Kartellkommission ist darum nicht zu seiner selbständigen Untersuchung berufen.

## **IV. Zweigleisiger Vertrieb als Indiz für Preissmissbrauch?**

### **1. Fragestellung**

Unter der Geltung des Preisbindungssystems in Deutschland wurde die Frage häufig diskutierte, ob der zweigleisige Vertrieb ein Indiz dafür bilde, dass die Höhe des (gebundenen) Preises der Erstmarke gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigt sei<sup>61</sup>. Diese Frage stellt sich nicht nur bei der formellen Preisbindung, sondern allgemein bei machtbegründeten Vorkehren, die auf eine künstliche Hochhaltung der Preise abzielen.

Kann aus der Tatsache, dass der Anbieter als marktmächtige Organisation die Varianten eines zweigleisigen Vertriebs zu unterschiedlichem Preis verkauft, automatisch geschlossen werden, er betreibe bezüglich der Erstmarke eine wettbewerbsverfälschende, monopolistische Preisüberhöhung?

### **2. Preisüberwachung durch Kartellkommission?**

Obwohl die Untersuchung einzelner Preise keine selbständige Aufgabe der Kartellkommission bildet, kann dies als Teil einer umfassenden Untersuchung der Auswirkungen eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation notwendig werden<sup>62</sup>. Nach neuem Recht fällt die Preisüberwachung ausschliesslich in den Regelungsbe-  
reich des PüG<sup>63</sup>.

---

61 Stöhr, S.129ff.; Karl Jacob-Steinorth, S.95ff.; ders., Ist der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren ein Anzeichen für eine gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigte Preisbindung?

62 Botschaft 1961, S.610; Tercier, S.112f.; Schürmann, S.327; Toller, S.89ff.; Aeberhard, S.76ff.; Schluep, Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission, S.31f.  
Beispiele einer Preisüberwachung: VKK 1974, S.414f. (Biermarkt); VKK 1975, S.109ff. (Markt für flüssige Treib- und Brennstoffe).

63 Art.16 Abs.2 PüG. S. § 15.

## § 15 PREISÜBERWACHUNGSGESETZ

### A Preisüberwachungsgesetz vom 1. Juli 1986 (PüG)

Die von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen festgelegten Preise unterstehen seit dem 1. Juli 1986 dem Preisüberwachungsgesetz<sup>64</sup>. Dieses wurde am 20. Dezember 1985 erlassen und stützt sich auf Art.31 septies der Bundesverfassung, einen Artikel, der durch eine am 28. November 1982 angenommene Volksinitiative in die Bundesverfassung eingefügt worden ist.

### I. Geltungs- und Anwendungsbereich

#### 1. Allgemeines

Der Preisüberwachung unterstehen Preise für Waren oder Dienstleistungen (sachlicher Geltungsbereich, Art.1), die von einem Kartell oder kartellähnlichen Organisation i.S.von Art.2 oder 4 KG (persönlicher Geltungsbereich, Art.2 PüG) auf einem Markt, auf dem kein wirksamer Wettbewerb herrscht (wettbewerbspolitisch bestimmter Anwendungsbereich, Art.12), festgesetzt wurden.

Der Anwendungsbereich des PüG bestimmt sich, anders als beim KG, nicht anhand eines konkreten Marktverhaltens (der Vorkehr), sondern anhand der genannten Marktverfassung: Das PüG ist anwendbar, "wenn auf dem betreffenden Markt die Preise nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind." Dies erschwert die Bestimmung der Marktmacht, weil der "pragmatische" Rückschluss vom Vorliegen des anwendungsbegründenden Tatbestands auf das Bestehen von Marktmacht wohl von einem Verhalten, nicht aber von der gesamten Marktverfassung her zulässig ist<sup>65</sup>.

64 Die Literatur zum PüG ist noch wenig zahlreich: Barbey, Zur Anwendung der Preisüberwachung auf "kartellähnliche Gebilde", Gedanken zum Geltungsbereich des Artikel 31 septies BV; Richli, Zum Gesetzgebungsauftrag für den Preisüberwacher; Schorer, Gesetzgebungsarbeiten des Bundes im Bereich des Wirtschaftsrechts: Stand Januar 1986, S.52-54; Tercier, A propos des relations entre la commission des cartels et le surveillant des prix; Botschaft vom 30. Mai 1984; StenBull(StR) 1985 S.551-567, 675-676, 771; StenBull(NR) 1985 S.60-83, 1922-1927, 2275-2277; vgl. auch Aeberhard und Toller.

65 S. § 14 A III.2.c) a.E.



## 2. Wirksamer Wettbewerb als Begriff des PüG

Obwohl sich der Preisüberwacher aufgrund seines limitierten Mandats nur mit der Preisüberwachung beschäftigt (Art.4 Abs.1 PüG), umfasst der Begriff des wirksamen Wettbewerbs den Wettbewerb mit allen Leistungsparametern, nicht nur den Preiswettbewerb<sup>66</sup>.

Ob wirksamer Wettbewerb i.S.v. Art.12 PüG besteht, entscheidet der Preisüberwacher gemäss Art.5 Abs.4 PüG nach Konsultation der Kartellkommission<sup>67</sup>. Der Begriff des wirksamen Wettbewerbs steht in Art.29 KG in einem andern normativen Zusammenhang als in Art.12 PüG: Geht es hier um das Wettbewerbsziel der Preisbildung aufgrund von preiswürdigen Leistungsalternativen, so dort um das Erreichen aller vom Wettbewerb erwarteten Ziele und Werte. D.h. das Fehlen eines wirksamen Preiswettbewerbs kann auch dort bejaht werden, wo die Kartellkommission wirksamen Wettbewerb feststellt und sogar volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen eines Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation verneint.

## II. Preissmissbrauch

Ob ein Preissmissbrauch vorliegt, entscheidet der Preisüberwacher im Lichte der Beurteilungselemente von Art.13 PüG<sup>68</sup>. Das Gesetz verzichtet auf die Umschreibung des Preissmissbrauchs in einer Generalklausel. Stattdessen bietet es dem Preisüberwacher eine Liste von "Elementen, die bei der Beurteilung des Preissmissbrauchs insbesondere in Betracht fallen können" (Art.13 Abs.1 lit.a-e, Abs. 2 PüG)<sup>69</sup>. Von diesen Elementen soll im folgenden auf das Kostenprinzip und das Vergleichsmarktkonzept näher eingegangen werden, weil der zweigleisige Vertrieb im Lichte dieser Beurteilungselemente relevant werden könnte<sup>70</sup>.

66 Dazu Tercier, Relations S.120; Botschaft 1984, S.33; Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S. 58f., 61, m.w.H. auf die Materialien.

67 Damit in der Beurteilung von wirtschaftlichen Organisationen und Marktsituationen zwischen Preisüberwacher und Kartellkommission *une doctrine* herrscht, sind in Art.5 Abs.2, 3 und 4 PüG verschiedene Formen der Zusammenarbeit vorgesehen. Dazu Tercier, Relations, S.114f.; Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S.71f.

68 Zu den Wirkungen von Eingriffen in die Preisbildung bezüglich der volkswirtschaftlichen Effizienz, speziell der Produktqualität und Faktorallokation, Aeberhard, S.46ff.; Toller, S.116ff.

69 Botschaft, S.33.

70 Gemäss seiner schriftlichen Auskunft hatte sich der Preisüberwacher Odilo Guntern bis 1987 noch nie mit einem Fall des zweigleisigen Vertriebs zu befassen.

## **B Beurteilung des zweigleisigen Vertriebs gemäss dem Preisüberwachungsgesetz**

### **I. Anwendungsbereich**

#### **1. "Ergebnis wirksamen Wettbewerbs"**

Begründet die Tatsache, dass ein zweigleisiger Vertrieb erfolgreich durchführbar ist, die Vermutung, die Preise auf dem betreffenden Markt seien nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs?

Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht der Fall. Ein zweigleisiger Vertrieb kann auch von einem Unternehmen durchgeführt werden, das bezüglich einer oder beider Varianten intensivem Preiswettbewerb ausgesetzt ist. Indem der Anbieter eine neue Variante lanciert, versucht er häufig, dem auf der ersten Marke lastenden Druck durch den Preiswettbewerb der Konkurrenten zu entgehen. Das Lancieren einer zweiten Produktvariante als Vorstoss im Rahmen des dynamischen Wettbewerbs<sup>71</sup> bildet geradezu ein Indiz dafür, dass sich eine bisher starre Preisstruktur aufzuweichen beginnt.

#### **2. "Vergleichbare preisgünstigere Angebote"**

Oder begründet der zweigleisige Vertrieb gerade die gegenteilige Vermutung, weil mit der preisgünstigeren Variante "die Abnehmer die Möglichkeit haben, ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare preisgünstigere Angebote auszuweichen" (Art.12 Abs.2 PüG), wenn der Preiswettbewerb bezüglich der Erstmarke nicht spielt?

Prinzipiell ist dies zu verneinen, da zwischen den vom selben Hersteller angebotenen Varianten in keinem Fall Wettbewerb i.S. des PüG bestehen kann. Dies gilt sowohl dann, wenn die zweite Variante eine evolutive Wettbewerbshandlung, als auch dann, wenn sie auf einer Kartell- oder Oligopolstrategie<sup>72</sup> beruht oder zur Absicherung der Positionierung der ersten oder beider Varianten oder zur langfristigen Preisdiskriminierung eingesetzt<sup>73</sup> wird.

<sup>71</sup> Schluep, Wirksamer Wettbewerb, S.83.

<sup>72</sup> Als stillschweigend gleichförmiges Verhalten.

<sup>73</sup> Zu diesem Zweck kann sie auch ein allein nicht marktmächtiger Anbieter durchführen, der die erste Variante zu einem kartellistischen oder stillschweigend abgestimmten Preis vertreibt.

## II. Zweigleisigkeit als Indiz für Preissmissbrauch?

Da sich der Preisüberwacher nur mit Einzelpreisen<sup>74</sup>, nicht mit ganzen Preissystemen befasst, kann sich seine Beurteilung in praxi nur auf die Preise der einzelnen Varianten beziehen.

### 1. Ueberwachung des Preises eines Produkts

Gestützt auf Art. 13 Abs. 1 PüG prüft der Preisüberwacher ausschliesslich die Erhöhung oder Beibehaltung des Preises eines bestimmten Produkts<sup>75</sup>. Kann sich der marktmächtige Anbieter dieser Ueberwachung dadurch entziehen, dass er auf einem Markt, auf dem kein wirksamer Wettbewerb herrscht, den Preis seines Produkts unverändert lässt, aber eine neue Variante desselben Produkts zu einem höheren Preis lanciert und die bisherige Variante aus dem Verkehr zieht?

Ein eigentlicher Umgehungstatbestand liegt allerdings nur dann vor, wenn die Varianten für den Anbieter dieselbe Bedeutung haben. Dies ist dann der Fall, wenn die neue und die alte Produktvariante mit ähnlichen Zusatzleistungen verbunden sind und für beide Marken ähnlich hohe Käuferpräferenzen bestehen. In diesem Fall ist mittels Durchgriff durch den Schleier der unterschiedlichen Markierung das Lancieren einer neuen, höherpreisigen Variante einer eigentlichen, überprüfbaren Preiserhöhung gleichzusetzen. Die neue Variante wird also, weil sie auf dem gleichen Markt angeboten wird, ebenfalls überprüft.

### 2. Kostenprinzip

Die Vorstellung der Initiantinnen der Preisüberwachungsinitiative bezüglich der Art der verlangten Preisüberwachung ging dahin, die Preise an den Kosten, unter Einschluss eines angemessenen Gewinns, zu überprüfen<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Toller, S.34.

<sup>75</sup> Er folgt dabei der **Sockeltheorie**, wie sie vom Deutschen Bundeskartellamt in Berlin entwickelt wurde. Dazu Monopolkommission, Sondergutachten 1, S.33ff.; Aeberhard, S.96ff. Art.13 Abs.2 PüG bewirkt, dass der Preisüberwacher bei der Beurteilung einer Preiserhöhung oder -beibehaltung nicht an den Ausgangspreis, den Preissockel, gebunden ist, sondern diesen ebenfalls beurteilen kann. Dazu Botschaft 1984, S.34.

<sup>76</sup> Dazu Richli, Gesetzgebungsauftrag, S.54ff.; Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.328; vgl. auch Aeberhard, S.93ff.; Toller, S.66ff., jeweils m.w.H.

Auf die prinzipielle Problematik einer kostenbezogenen Preiskontrolle, weil der Preis keine Entschädigung für Kosten, sondern ein Knappheitsindikator bei der Güterzuteilung ist, weisen u.a. hin: Aeberhard, S.98ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 1, S.47f.; Borchardt/Fikentscher, S.62 mit FN 35; differenzierend Schürmann, S.328; optimistisch dagegen Botschaft, S.19.

Der Versuch, Preise auf ihre Angemessenheit an den Kosten zu überprüfen, scheitert an der Unmöglichkeit, bei Mehrprodukt-Unternehmen<sup>77</sup> den Gemeinkostenanteil, der einem Produkt zuzurechnen ist, abschliessend zu bestimmen<sup>78</sup>. Dies gilt auch bezüglich der Produktvarianten eines zweigleisigen Vertriebs. Auch hier können die unterschiedlichen Preise der Varianten durch eine erlaubte Mischrechnung zustandekommen oder durch unterschiedliche Kosten für Marketing und Zusatzleistungen bedingt sein. Das Kostenprinzip wird denn auch in Art.13 Abs.1 PüG durch verschiedene andere Beurteilungskriterien (angemessene Gewinne, besondere Unternehmerleistungen, besondere Marktverhältnisse) relativiert.

### 3. Als-ob-Wettbewerbspreis und Vergleichsmarktkonzept

Da der Wettbewerb ein zieloffenes Entdeckungsverfahren darstellt, ist es nach wirtschaftswissenschaftlichen Rationalitätsstandards unmöglich, einen "Als-ob-Wettbewerbspreis" zu bestimmen<sup>79</sup>, weil wirksamer Wettbewerb nicht simuliert werden kann. Dennoch ist eine Form von "Als-ob-Preis" für jegliche wettbewerbsrechtliche Preiskontrolle unverzichtbar<sup>80</sup>.

#### a) Markt der zweiten Variante als Vergleichsmarkt

Weil der "Als-ob-Preis" nicht im luftleeren Raum bestimmt werden kann, verweist Art.13 Abs.1 lit.a) PüG als Hilfslösung auf die Preise auf einem Vergleichsmarkt<sup>81</sup>. Für die Beurteilung des Preises der einen Variante eines zweigleisigen Vertriebs bietet sich als Vergleichsmarkt der Markt der zweiten Variante, als Vergleichspreis deren Preis an.

Bei diesem Vorgehen sind allerdings folgende Punkte zu berücksichtigen:

---

Bei der Vorstellung einer kostenbezogenen Preiskontrolle spielt auch die scholastische Vorstellung mit, es gebe für jede Ware ein *iustum pretium*. Zu diesem Begriff Luca Marazzi, Der gerechte Preis, Diss Zürich Manuskript; Theo Mayer-Maly, Der gerechte Preis, in: Gerhard Frotz, Werner Ogris (Hrg.), Erlebtes Recht in Geschichte und Gegenwart, FS Heinrich Demelius, Wien 1973, S.139-154; ders., in: Heinrich Klang, Friedrich Gschnitzer, Kommentar zum ABGB, 2.A. Wien 1978, Bd. IV/2, zu § 1059. Vgl. auch BGE 107 II 125.

77 Zweigleisig vertreibende Anbieter sind immer Mehrprodukt(-Varianten)-Unternehmen.

78 Aeberhard, S.95ff. m.w.H.

79 Aeberhard, S.127ff.; Richli, S.55; jeweils m.w.H.

80 Vgl. Teubner, Generalklausel, S.28.

81 Dazu Aeberhard, S.127ff.; Botschaft, S.17: "auf dem 'Als-ob-Prinzip' gründet: Das Vergleichsmarktkonzept."



#### b) Unterschiedliche preisbestimmende Faktoren

- Bei Varianten mit deutlicher Zusatzleistungsdifferenz bestehen unterschiedliche Nachfragerpräferenzen; die Preise bilden sich in unterschiedlichen Marktsituationen, oft sogar auf unterschiedlichen relevanten Märkten.
- Bei der Produktbereitstellung (Zusatzleistungen, Marketing) können unterschiedliche Kosten entstehen.
- Die Preisdifferenz kann auf erlaubten unterschiedlichen Kostenzurechnungsarten (Mischkalkulation) beruhen.

Jeder dieser Faktoren vermag einen Preisunterschied zwischen den Varianten zu begründen. Die Auswirkungen dieser Faktoren lassen sich allerdings quantifizieren, wenn die jeweilige Marktsituation resp. die Kosten- und Gewinnsituation bekannt ist. Unter Berücksichtigung solcher quantifizierter Faktoren lassen sich die Preise der einzelnen Varianten also durchaus vergleichen. Eine nicht durch solche Faktoren gerechtfertigte Preisdifferenz ist somit übermässig und berechtigt demnach zur Folgerung, der Preis der teureren Variante sei missbräuchlich.

#### c) Verfälschter Wettbewerb auf dem Vergleichsmarkt

Es kann nicht ohne selbständige Untersuchung davon ausgegangen werden, der Preis der Vergleichsvariante sei das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs. Auch er kann Ergebnis eines Preismissbrauchs auf einem Markt ohne wirksamem Wettbewerb sein<sup>82</sup>. Denn es soll nicht ein Missbrauch durch einen andern gerechtfertigt werden.

Der Preis der zweiten Variante kann beispielsweise mit Verdrängungsabsicht<sup>83</sup> willkürlich tief gehalten werden, wobei der Ressourcentransfer zwischen den Varianten über eine erlaubte Mischrechnung hinausgeht. In diesem Fall führt die Berücksichtigung des zu tiefen Vergleichspreises fälschlicherweise dazu, dass der untersuchte Preis als zu hoch bewertet wird. Einzig wenn der Preis der Verdrängungsvariante mit Gewinnen subventioniert wird, die aus dem Preismissbrauch der Erstmarke stammen, führt die Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts immerhin zum prinzipiell richtigen Ergebnis, nämlich dass der Preis der Erstmarke missbräuchlich sei, wenn auch auf anfechtbarer Grundlage.

---

82 Dies kann vor allem dann der Fall sein, wenn alle Varianten auf demselben relevanten Markt angeboten werden, auf dem vorher das Fehlen wirksamen Wettbewerbs festgestellt worden ist.

83 S. § 8 D I.2.



Der tiefe Preis der zweiten Variante kann auch darauf beruhen, dass der Anbieter nur auf dem Erstmarkt, nicht auf dem Vergleichsmarkt marktmächtig ist. Dort haben vielmehr einzelne marktmächtige Abnehmer gegenüber dem Anbieter eine Vorzugsbehandlung, d.h. die Belieferung zu einem missbräuchlich tiefen Preis, durchsetzen können.

#### d) Zusatzleistungsdifferenz

Werden die Varianten mit deutlich unterschiedlichen Zusatzleistungen angeboten, stellt sich allerdings die Frage, ob zwischen den Varianten Ähnlichkeiten<sup>84</sup> bestehen, die einen Vergleich erlauben<sup>85</sup>. Nach der hier vertretenen Meinung darf die Vergleichbarkeit nur dann verneint werden, wenn sich die Varianten wegen unterschiedlicher Zusatzleistungen überhaupt nicht mehr vergleichen lassen.

### 4. Gründe für das Absehen von einem Preisvergleich

Der direkte Schluss vom zweigleisigen Vertrieb auf einen Preismissbrauch (Art.12f. PüG) wäre u.U. sogar kontraproduktiv: Er würde die Bereitschaft der Kartellmitglieder, ihre Produkte unter einer andern Marke auch ausserhalb des durch das Kartell geordneten Gleises zu vertreiben, senken, weil sie befürchten müssten, dadurch eine negative Beurteilung ihrer Kartellordnung durch die Kartellkommission zu provozieren. Dasselbe gälte für einen kartellähnlichen Konzern, der befürchten müsste, aus seinem zweigleisigen Vertriebssystem werde gefolgert, er betreibe mit der höherpreisigen Variante einen Preismissbrauch. Die Anbieter würden auch vor der Durchführung eines funktional erwünschten zweigleisigen Vertriebs zurückschrecken, wenn dieser bei einer Untersuchung durch den Preisüberwacher als Argument für einen Preismissbrauch bei der höherpreisigen Variante verwendet würde.

### 5. Fazit

Es ist also zu unterscheiden:

- Wenn die zweite Variante als dynamische Wettbewerbshandlung lanciert wird, ermöglicht sie einen verdeckten Preiswettbewerb, der langfristig zu einer Auflösung der kartellistischen Markt- und Preisstrukturen führt. In diesem Fall wäre

<sup>84</sup> Aeberhard, S.129.

<sup>85</sup> S.o. I.2.b).

der Schluss vom zweigleisigen Vertrieb auf den Preismissbrauch kontraproduktiv. Dies gilt immer dann, wenn der zweigleisige Vertrieb die (preislichen) Auswahlmöglichkeiten auf einem erstarrten Markt erweitert<sup>86</sup>

- Anders, wenn die zweite Variante zur Absicherung der Erstmarke verwendet wird oder wenn zwischen den Varianten eine deutliche Zusatznutzendifferenz besteht: In diesem Fall führt der zweigleisige Vertrieb nicht zur Auflockerung der Kartellordnung, weshalb prinzipiell nichts gegen den beschriebenen Schluss vom zweigleisigen Vertrieb auf den Preismissbrauch spricht.

Ob der Schluss vom zweigleisigen Vertrieb auf den Preismissbrauch bei einem preisdiskriminierenden zweigleisigen Vertrieb angebracht ist, bei dem die Aufrechterhaltung der Preisdifferenz zur Absatzstrategie gehört, kann nicht bei der isolierenden Betrachtung der Preisdifferenz als einzelnes Marktergebnis bestimmt werden, sondern setzt eine umfassende Saldierung aller relevanten Auswirkungen der wettbewerbsbehindernden oder -verfälschenden Produkt- und Preispolitik der untersuchten wirtschaftlichen Organisation voraus.

---

86 S.o § 8 C III.3.

## 2. KAPITEL ZWEISTUFIGER MARKT

### § 16 ZWEIFLEISIGER VERTRIEB UND ANGEBOTSMACHT

#### A Allgemeines

#### I. Zwei- oder mehrstufiger Markt

##### 1. Begriff des zwei- oder mehrstufigen Markts

Von einem zweistufigen Markt sprechen wir dann, wenn sich zwischen den Produzenten und den Verbraucher als dritte Ebene diejenige der Absatzmittler schiebt. Die wirtschaftliche Funktion des Handels besteht im Kaufen von Waren, d.h. Fertigerzeugnissen, die ohne stoffliche Veränderung weiterverkauft werden<sup>87</sup>.

Mehrstufig wird der Markt dann, wenn sich der Handel in Gross- und Einzelhandel aufgliedert oder wenn sich Zulieferer und Fertigungsindustrie in die Produktion teilen.

##### 2. Zweifleißiger Vertrieb auf dem mehrstufigen Markt

Bei der Betrachtung des zwei- oder mehrstufigen Markts sind gegenüber derjenigen des einstufigen Markts die zusätzliche Möglichkeiten zur Produktdifferenzierung und Marktspaltung (§ 16) und das Kräfteverhältnis zwischen Produzent und Absatzmittler (§ 17) zu berücksichtigen.

Die Kommunikationsdifferenzierung durch die unterschiedliche Markierung und die damit verbundene **indirekte Marktspaltung**, die bei der Betrachtung des einstufigen Markts im Vordergrund stand, spielt im Verhältnis zwischen Produzent und Absatzmittler keine Rolle, weil auf dieser Stufe die Marke kein selbständiges Kommunikationsmittel darstellt. Sie hat für den Händler keine eigenständige, nur eine abgeleitete Bedeutung, insofern sie Trägerin von Absatzchancen für den Weiterverkauf ist.

---

<sup>87</sup> Gutenberg, S.155ff.; Huber, S.10; ausführlich Kühne, S.15ff.; Niestrath, S.81; Seyffert, S.1ff.

Bei der hier angestellten Betrachtung der ersten Marktstufe steht die Machtproblematik im Zentrum: Die Marktakteure haben hier die Möglichkeit, den zweigleisigen Vertrieb mit einer **direkten Markspaltung** zu kombinieren, d.h. ihren Partner die Wahl zwischen den Varianten nicht zu gestatten und dadurch deren Handlungs- und Ausweichmöglichkeiten durch Machteinsatz einzuschränken.

Die Bedeutung des zweigleisigen Vertriebs kann jedoch nicht durch eine isolierende Betrachtung eines einzelnen Austauschverhältnisses, sondern nur bei einer Gesamtmarktbetrachtung bestimmt werden, welche die interdependenten Parallelprozesse auf und die Austauschprozesse zwischen allen Marktstufen miteinbezieht. Dabei ist der zweigleisige Vertrieb nie ein isolierbares Ereignis, sondern immer Teil einer umfassenden Marktbeziehung. Im folgenden geht es darum, die in einzelnen Fallkonstellationen zu berücksichtigenden Bewertungsgesichtspunkte aufzuzeigen.

## II. Vorgehen

In diesem Paragraphen werden nur Situationen untersucht, in denen die Absatzmittler die Marktdaten hinnehmen (müssen), die ihnen die Produzenten setzen.

In zahlreichen Fällen sind die Handelsunternehmen willens und fähig, bei der Erbringung der Marktleistung eine aktive und selbständige Rolle zu spielen<sup>88</sup>. Auf dieser aktiven Rolle von Produzenten und Absatzmittlern beruht die Bedeutung des zweigleisigen Vertriebs im Spannungsfeld zwischen Nachfrage- und Angebotsmacht, die wir im nächsten Paragraphen untersuchen.

## B Zweigleisiger Vertrieb und Missbrauch der Angebotsmacht

### I. Allgemeines

Der zweigleisige Vertrieb, der von einem Kartell organisiert oder einer kartellähnlichen Organisation durchgeführt wird, ist fast immer mit einer Ungleichbehandlung der Abnehmer auf der nachgelagerten Wirtschaftsstufe verbunden:

---

88 S. § 16 A II.

- Entweder gewisse Absatzmittler können nicht die gewünschte, nur eine für sie weniger attraktive Variante beziehen (Geschäftsverweigerung),
- oder die Varianten werden ihnen zu ungleichen Bedingungen angeboten (Ungleichbehandlung in den Preisen oder Geschäftsbedingungen).

Eine Ungleichbehandlung in den Preisen oder Geschäftsbedingungen oder eine Geschäftsverweigerung kann nur dann eine kartellrechtswidrige diskriminierende Vorgehensweise i.S.von Art.6 KG darstellen, wenn keine legitimen Geschäftsinteressen sie zu begründen vermögen.

## II. Legitime Geschäftsinteressen

### 1. Unterschiedliche Konsumentenpräferenzen

Die mit den Varianten verbundenen unterschiedlichen Zusatzleistungen, die für die Produkteinschätzung durch die Konsumenten massgeblich sind, können durch den Produzenten (primäre Zusatzleistungsdifferenz), durch den Absatzmittler (sekundäre Zusatzleistungsdifferenz)<sup>89</sup> oder durch beide erbracht werden.

Wenn eine primäre Zusatzleistungsdifferenz besteht, unterliegen die Marken der einzelnen Varianten schon auf der ersten Marktstufe einer selbständigen Preisbildung.

### 2. Andere legitime Geschäftsinteressen

Die Ungleichbehandlung der Abnehmer kann auch auf einer **erlaubten Mischrechnung** beruhen: Der Produzent verkauft eine Variante zu einem Preis unter den Vollkosten, weil er auf einem bestimmten Markt sein Produktpalette durch eine für sich allein nicht gewinnträchtige Variante abrunden will (strategischer zweigleisiger Vertrieb)<sup>90</sup>, weil er sich mit einem Teilkostenbeitrag begnügt und weil unterschiedliche Präferenzen auf Teilmärkten mit verschiedenen Konsumentenbedürfnissen (unterschiedliche Marktstrukturen) unterschiedliche Preise begründen.

<sup>89</sup> Die verschiedenen Handelstypen (Fachhandel, Grossverteiler, Warenhäuser, Versandhandel etc.) erbringen unterschiedliche Teilleistungen bei der Produktbereitstellung auf der zweiten Marktstufe.

<sup>90</sup> S.o. § 3 B III.



Bei der **Preis- oder Konditionendifferenzierung** fallen die Abnahmemenge und die vom Absatzmittler auf der ersten Marktstufe erbrachten Zusatzleistungen ins Gewicht. Je grösser die Abnahmemenge, je sicherer die voraussichtliche zukünftige Nachfrage und je geringer die eigenen Kosten für Produktbereitstellung und Marketing bezüglich eines Absatzmittlers sind, desto kleiner sind die Stückkosten des Produzenten. Dies erlaubt ihm, diesem Absatzmittler günstigere Konditionen zu bieten als einem Konkurrenten, der diese Vorteile nicht bietet.

Ob die **Geschäftsverweigerung** bezüglich einer Variante durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist<sup>91</sup>, entscheidet sich primär danach, ob im Einzelfall Verkaufsstellenimage und Produktimage vereinbar sind<sup>92</sup>. Ein Produzent kann nicht verhalten werden, einen Billigst-Händler oder professionellen "Verramscher" mit seiner hoch positionierten Erstmarke zu beliefern. Ausser der generellen Image-Unverträglichkeit können auch andere Gründe eine Geschäftsverweigerung legitimieren. Wenn der Absatzmittler voraussichtlich die Erstmarke zu umfangreichen Verlustverkäufen verwenden wird, welche sich nachteilig auf das Image der betreffenden Marke auswirken, oder wenn er Weisungen bezüglich der Produktpräsentation und Produktwerbung an der Verkaufsstelle nicht beachtet, ist der Produzent - unabhängig von seiner allfälligen Marktmacht - berechtigt, die Belieferung mit der Erstmarke zu verweigern. Dies gilt verstärkt, wenn der Absatzmittler die Weisungen des Produzenten nicht befolgt, weil er ihn schädigen will.

In diesen Fällen sind die Ungleichbehandlung und Geschäftsverweigerung durch den Produzenten durch sachliche Gründe gerechtfertigt.

### III. Zweigleisiger Vertrieb als Ausbeutung und Behinderung

Wo die genannten Gründe nicht gegeben sind, kann in der Belieferung eines Absatzmittlers mit einer andern als der gewünschten Variante eine Vorkehr i.S.v. Art.6 KG liegen.

---

91 Einen Katalog der Gründe, die allgemein eine Geschäftsverweigerung rechtfertigen können, liefert Schluep, Kontrahierungspflicht, S.211ff.; Drolshammer, S.200ff. Zur Konkretisierung des Diskriminierungsverbots von § 26 Abs.2 und 3 GWB im deutschen Recht: Benisch, Grosskommentar, § 26 Abs.2 und 3; Lukes, Die Problematik der umfassenden Interessenabwägung in § 26 Abs.2 GWB; Markert, in: Immenga/Mestmäcker, § 26 Abs.2, jeweils m.w.H.

92 Das dt. GWB verbietet in § 26 Abs. 2 die Ungleichbehandlung "ohne sachlich gerechtfertigten Grund" nur "in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist". Dazu Schluep, Kontrahierungspflicht, S.211.

## 1. Behinderung

Eine sachlich nicht begründete Preis- oder Konditionendifferenzierung kann zur Behinderung und Verdrängung von Konkurrenten eingesetzt werden<sup>93</sup>.

## 2. Direkte Ausbeutung der Abnehmer

Die unmittelbare Form des Ausbeutungsmissbrauchs besteht darin, die Absatzmittler nach ihrer (eingeschätzten) Zahlungsbereitschaft ausschliesslich mit der einen oder andern Variante zum jeweiligen (unterschiedlichen) Preis zu beliefern (direkte Marktsplaltung der ersten Marktstufe).

## 3. Indirekte Ausbeutung oder Diskriminierung

Die Preise auf der ersten Marktstufe sind das Ergebnis der von den Absatzmittlern verlangten und von den Produzenten zugestandenen Handelsmargen. Gleichzeitig wirken sie sich indirekt auf die Preise der zweiten Marktstufe aus, welche die durch den jeweiligen Absatzkanal erreichten Konsumenten zu zahlen haben. Die nicht durch solche Gründe legitimierte Ungleichbehandlung der Absatzmittler stellt gleichzeitig eine indirekte Ungleichbehandlung und Ausbeutung der Konsumenten dar. Dies führt zu volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen, die im Rahmen einer kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchung erfasst und bewertet werden.

## IV. Entscheidfolgen

Liegt im Lichte der oben aufgezeigten Beurteilungskriterien eine Ungleichbehandlung oder Geschäftsverweigerung durch eine marktmächtige wirtschaftliche Organisation vor, die nicht aus sachlichen Gründen geboten erscheint, so bestehen drei Alternativen, um die unzulässige Wettbewerbsbehinderung zu beseitigen: Der Anbieter ist zu verpflichten,

- entweder den zweigleisigen Vertrieb einzustellen ( $\iota$ ),
- den behinderten Abnehmern alle Varianten zu deren jeweiligem Preis anzubieten ( $\kappa$ ) oder
- die (Grosshandels-)Preise verhältnismässig anzugleichen ( $\lambda$ ).

---

<sup>93</sup> Dazu s.u. C.

Die Alternative (ι) hat den Nachteil, dass sich als Folge des Entscheids das Angebot in den meisten Fällen auf die höherpreisige Variante beschränkt und eine Kategorie von Abnehmern das Basisprodukt gar nicht mehr vertreiben kann. Dadurch verkleinert sich die Auswahl für die Konsumenten und verschlechtert sich die Marktversorgung. Ein derartiges Verbot hat nur in den (seltenen) Fällen erwünschte Folgen, in denen ein preisdiskriminierender zweigleisiger Vertrieb vorliegt und eine eingleisig vertriebene Variante zu erwarten ist, die zu einer verbesserten Marktversorgung führt.

In der Variante (κ) wird dem Behinderten ein Anspruch auf Belieferung als Form der Beseitigung der Vorkehr eingeräumt. Ein solcher Anspruch<sup>94</sup> auf ein Tun des Anbieters richtet sich auf Abschluss und Vollstreckung eines Vertrags auf Belieferung zu marktgerechten und branchenüblichen oder - wenn eine Übung fehlt - zu billigen und die beidseitigen sachlichen Gründe berücksichtigenden Bedingungen<sup>95</sup>. Ein Kontrahierungs- und Belieferungszwang kommt allerdings dann nicht in Frage, wenn die Vertriebswegdifferenzierung in wesentlichem Umfang die Zusatznutzendifferenz begründet und nicht beide Varianten mit dem Verkaufstelsenimage der behinderten Abnehmer vereinbar sind oder wenn der Markt eine weitere Handelsmarke nicht akzeptieren würde<sup>96</sup>.

In diesem Fall ist nur die Entscheidvariante (λ) möglich: Der Anbieter ist zu verpflichten, die Fabrikpreise seiner Produktvarianten zugunsten der benachteiligten Abnehmer anzugleichen. D.h. die Preisdifferenz muss auf ein durch die unterschiedlichen Kosten und Marktstrukturen begründetes Mass reduziert werden, damit die Gewinnchancen der Absatzmittlergruppen im Rahmen des aus sachlichen Gründen Gebotenen gleich gross werden.

---

94 Im Fall des Unterlassungsanspruchs spricht Weibel, S.129ff., von einer unvollkommenen, beim Beseitigungsanspruch von einer vollkommenen Kontrahierungsschuld, d.h. einem klagbaren, aber nur im zweiten Fall realiter vollstreckbaren Anspruch.

95 Art.9 Abs.1 lit.d KG. Vgl. Weibel, S.136; Schluep, Kontrahierungspflicht, S.220f., jeweils m.w.H.

96 Dazu Blair/Peres, Private brands and antitrust policy, S.62f.

## C Einzelne Absatzsituationen

### I. Fallgruppen der Vertriebswegdifferenzierung

#### 1. Allgemeines

Sowohl bei den Formen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, d.h. beim selektiven Vertrieb, als auch bei der sekundären Vertriebswegdifferenzierung kann der zweigleisige Vertrieb mit einer Behinderung oder Ausbeutung verbunden sein.

#### 2. Zweigleisiger Vertrieb und vertikale Wettbewerbsbeschränkung

##### a) Selektives, zweigleisiges Vertriebssystem

Der selektive Vertrieb<sup>97 98</sup> kann mit einem zweigleisigen Vertrieb kombiniert werden, indem der Produzent eine Produktvariante<sup>99</sup> einer bestimmten Kategorie von Händlern gebunden, d.h. unter einschränkenden Bedingungen verkauft und den übrigen Absatzmittlern nur die andere anbietet. Dabei setzt der Produzent die Bedingungen fest, denen sich die Absatzmittler anzupassen haben.

##### b) Inhalt vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen<sup>100</sup> können verschiedenste Inhalte haben. Erwähnt seien nur Bindungen der Wiederverkaufspreise (Preisbindung der zweiten Hand), Vorschriften bezüglich der Wiederverkaufskonditionen (Rabatte, Kredite) und -stationen (räumliche Begrenzung mit Gebietsschutz und Querlieferungsverbot, Verbot des Wiederverkaufs an Dicounter und Exklusivabsatz über Fachgeschäfte), des Marketing (Einhaltung bestimmter Absatzstrategien und -instrumente), der Zusatzleistungen beim Weiterverkauf (Service, Beratung, Qualität von Personal und Verkaufsräumlichkeiten etc.) , Konkurrenzverbote und Warenei-

97 Christian Meier, Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, Bd.I und II, Diessenhofen 1979; Schweiz: Ermessensfreiheit des Markenartikelherstellers in der Auswahl seiner Händler, WuW 36 (1986) S.37f.; Thomas Pawlikowski, Die Distributionsform des Selektivvertriebs im Lichte des Deutschen GWB, des EWG-Kartellrechts und des amerikanischen Antitrustrechts: - Ein Überblick - , RSDIC Nr. 20, 1984, S.35-55.

98 S. § 4 C III.3.a).

99 Weil alle Abnehmer immerhin eine Variante erhalten, kann höchstens eine **partielle** Geschäftsverweigerung vorliegen.

100 D.h. Vertriebs- oder Bezugsbindungen zwischen Gliedern unterschiedlicher Wirtschaftsstufen.

chenbindungen (Ueberlassung von Warenzeichen zur Verwendung in einem bestimmten räumlichen, preislichen und funktionalen Bereich)<sup>101</sup>. Derartige vertikale Wettbewerbsbeschränkungen können mit einem zweigleisigen Vertrieb so verbunden werden, dass die Erstmarke gebunden, die Zweitmarke bindungsfrei vertrieben wird.

Es geht im hier untersuchten Zusammenhang nicht um die Frage, in welchen Fällen die Bindung bezüglich der Erstmarke eine wettbewerbsbeschränkende Vorkehr darstellt, da die damit verbundene Wettbewerbsausschliessung oder -behinderung unabhängig vom zweigleisigen Vertrieb erfolgt. Vielmehr soll untersucht werden, welche Wirkungen der Vertrieb einer zweiten, anders markierten Variante ohne die entsprechende Bindung haben kann.

#### c) Selektives zweigleisiges Vertriebssystem und Marktmacht

Nur ein Produzent mit einer gewissen Marktstellung kann langfristig einen selektiven Vertrieb durchführen. Einem andern Produzenten fehlen die Druckmittel, um Querverkäufe zu unterbinden, und die präferierten Absatzmittler sind nicht bereit, ohne eine starke, stabile Nachfrage der Konsumenten nach diesem Artikel die verlangten Zusatzleistungen zu erbringen. Ein hohes exklusives Produktimage, starke und stabile Nachfragerpräferenzen und beschränkte Erhältlichkeit des Produkts gehören somit zum Wesen des selektiven Vertriebs.

Dies sind gleichzeitig die idealen Voraussetzungen, um die Konsumenten mit geringeren Präferenzen mit demselben Produkt auf einem zweiten Gleis zu befriedigen<sup>102</sup>.

#### d) Zweigleisiges, selektives Vertriebssystem als Vorkehr

Entscheidend dafür, ob ein zweigleisiges, selektives Vertriebssystem eine Vorkehr darstellt, ist die Differenz der Zusatzleistungen und Absatzchancen: Sind die Varianten mit deutlich verschiedenen Zusatzleistungen verbunden, erfolgt zwischen ihnen kaum eine Substitution. Die Situation der Absatzmittler der ersten, preisgebundenen Variante wird also durch den Vertrieb der zweiten, bindungsfreien Variante nicht berührt.

---

101 Umfassend Christian Meier, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und schweizerisches Kartellrecht, S.304f.; ders., Selektiver Vertrieb, S.162ff., jeweils m.w.H.

102 Dazu § 3 B II.



Anders bei einem zweigleisigen Vertrieb mit geringer Zusatzleistungsdifferenz, aber dennoch deutlicher Preisdifferenz, der rasch zu einer intensiven internen Substitution führt. Ein solches selektives und zweigleisiges Vertriebssystem eines marktmächtigen Anbieters kann je nach Marktsituation verschiedene Marktakteure behindern oder ausbeuten:

- Die Fachhändler, welche die teurere und preisgebundene Erstmarke vertreiben, sind der Konkurrenz durch die billigere auf dem zweiten Gleis abgesetzte Variante ausgesetzt (Ungleichbehandlung bezüglich der Preise und Verkaufskonditionen) ( $\alpha$ ). Dies empfinden sie besonders dann als Behinderung, wenn sie auf das Erbringen der Zusatzleistungen spezialisiert sind (Uhrmacher, Drogisten, Elektrofachgeschäfte etc.).
- Die nichtpräferierten Absatzmittler dürfen die Erstmarke mit den stärkeren Nachfragerpräferenzen nicht vertreiben (Geschäftsverweigerung) ( $\beta$ ).

Wenn die Belieferung mit der zweiten Variante aus den oben<sup>103</sup> erwähnten Gründen nicht in Frage kommt, kann die Diskriminierung in wirtschaftlich sinnvoller Weise nur dadurch beseitigt werden, dass der Anbieter gezwungen wird, die Preisbindung aufzuheben.

#### e) Zweigleisiger Vertrieb als Verletzung der Beschränkungsabrede

Es ist eine vertragsrechtliche Frage, ob der Anbieter, der sein Produkt einmal gebunden, daneben auch in einer zweiten, bindungsfreien Variante vertreibt, dadurch die Beschränkungsabrede gegenüber den gebundenen Absatzmittlern verletzt. Entscheidend ist auch hier die Differenz der Zusatzleistungen<sup>104</sup>.

### 3. Sekundäre Vertriebswegdifferenzierung

Bei der sekundären Vertriebsdifferenzierung<sup>105</sup> beruht die Ungleichbehandlung der Absatzmittler darauf, dass diese von vornherein Produktvarianten mit unterschiedlichen Zusatzleistungen des Herstellers nachfragen, was zu unterschiedlichen Fabrikabgabepreisen der Varianten führt. Der häufigste Fall ist der, dass der Produzent zahlreiche kleine Händler mit seinem (teureren) Herstellermarkenartikel und gleichzeitig einen Grossverteiler unter dessen Handelsmarke zu einem günstigeren Preis beliefert.

<sup>103</sup> B II.1. und 2.

<sup>104</sup> Dazu beim Alleinvertriebsvertrag § 13 D III.

<sup>105</sup> § 4 C III.3.c).

Hier kann sich die Vorkehr i.S. einer behindernden und ausbeutenden preislichen Ungleichbehandlung gegen die kleineren Unternehmen ( $\alpha$ ) oder wegen Nichtbelieferung mit der präferierten Herstellermarke als Geschäftsverweigerung gegen den Grossverteiler ( $\beta$ ) richten, wenn die Preisdifferenz das durch sachliche Gründe legitimierte Mass überschreitet.

## II. Zweigleisiger Vertrieb als Preisdiskriminierung

### 1. Allgemeines

Sowohl beim selektiven Vertrieb als auch bei der sekundären Vertriebswegdifferenzierung können in der Variante ( $\alpha$ ) die Fachhändler resp. kleinen Händler einen Anspruch auf Gleichbehandlung erheben: Wenn die Ungleichbehandlung ihre Wettbewerbsfreiheit missbräuchlich einschränkt, können sie eine Angleichung der Preise und Konditionen gegenüber den nicht präferierten Absatzmittlern resp. dem Grossverteiler verlangen. Dadurch soll der Fabrikpreisunterschied und die Differenz zwischen ihrem gebundenen und dem freien Endverkaufspreis der andern Marke auf ein durch die unterschiedlichen Kosten und Marktstrukturen sachlich begründetes Mass reduziert werden.

In beiden Fällen können sich aber auch - in den Varianten ( $\beta$ ) - die nicht präferierten Absatzmittler diskriminiert fühlen. Ihre Klage richtet sich in diesem Fall auf Belieferung mit der Erstmarke zu vergleichbaren Preisen und Bedingungen, wie sie für die Zweitmarke zugestanden wurden (Gleichbehandlung bezüglich der Markierung).

Da im zweiten Fall Gleichbehandlung bezüglich der Marke bei fortbestehender Ungleichbehandlung bei Preisen und Konditionen verlangt wird, wird eigentlich ein Anspruch auf Ungleichbehandlung geltend gemacht. Nichts spricht dagegen, dass auch die ungerechtfertigte Gleichbehandlung von ungleichen Tatbeständen eine wettbewerbsverfälschende Vorkehr darstellen kann<sup>106</sup>.

---

106 Dazu Schluep, Vertikalkonzern, S.107 FN 17; Weibel, S.72 FN 12; Homburger S.99; zum Diskriminierungsverbot von § 26 Abs.2 GWB Benisch, Gemeinschaftskommentar, zu § 26 Abs.2 RN 84 m.w.H. Dagegen BGE 86 II 365ff.: Ein Ausseinseitergrossist kann von der kartellähnlichen Organisation seiner Konkurrenten nicht verlangen, zu Spezialbedingungen beliefert zu werden, sondern nur zu den Bedingungen von Detaillisten, auf die sich seine Konkurrenten eingestellt haben.

## 2. Legitime Geschäftsinteressen

In der Konstellation ( $\alpha$ ) ist der günstigere Fabrikpreis der Zweitmarke, die an die Billig-Händler resp. den Grossverteiler abgegeben wird, **kostenseitig** begründet durch die grössere und anspruchslösere Nachfrage und die geringen Leistungen des Produzenten für Marketing und Werbung<sup>107</sup>.

Zusätzlich begründen die **unterschiedlichen Absatzchancen** aufgrund der Zusatzleistungsdifferenz die ungleichen Preise und Konditionen der beiden Varianten. Der Produzent darf von den höheren Konsumentenpräferenzen bezüglich seiner Erstmarke profitieren resp. muss den Preis der Zweitmarke an die entsprechend niedrigeren Präferenzen anpassen.

## 3. Vorkkehr

Wenn die Differenz der Fabrikabgabepreise der Varianten zu gross und die gebundenen Endabgabepreise der Erstmarke im Verhältnis zum Letztverkaufspreis der andern Variante zu hoch sind, können Fachhändler resp. kleine Händler in den Varianten ( $\alpha$ ) zu recht geltend machen, die Substitution zwischen den Varianten sei zu gross. Dadurch würden ihre Absatzchancen erheblich beschränkt, und ihre (sekundäre) Zusatznutzenleistung werde durch den Vertrieb der günstigeren Zweitmarke entwertet. Sie können verlangen, dass die Differenz zwischen den Fabrikpreisen und zwischen ihren - gebundenen - Endabgabepreisen und derjenigen der Zweitmarke auf ein durch die unterschiedlichen Kosten des Produzenten und die Marktstrukturen begründetes Mass reduziert wird.

Besteht dagegen eine geringe Substitution zwischen der wenig präferierten Zweitmarke und der hochpräferierten Erstmarke, werden die nicht präferierten Absatzmittler und der Grossverteiler - in den Varianten ( $\beta$ ) - eine Geschäftsverweigerung bezüglich der Erstmarke geltend machen (III.).

## 4. Entscheidungen

- Wenn die Bindung bei der Erstmarke zwar eine Vorkkehr darstellt, die aber durch einen der Rechtfertigungsgründe von Art.7 KG gerechtfertigt werden kann, so nimmt der zweigleisige Vertrieb dieser Rechtfertigung ihre Grundlage. Der An-

<sup>107</sup> Die der Grossverteiler durch eigene Marketing- und Werbeanstrengungen ersetzt.

bieter muss entweder auf die Bindung oder den zweigleisigen Vertrieb verzichten (ζ).

- Wenn die Bindung bei der Erstmarke eine nicht gerechtfertigte Vorkehr bildet, wird die Behinderungswirkung durch den zweigleisigen Vertrieb ohne deutliche Zusatzleistungsdifferenz noch verstärkt (η).
- Wenn die Bindung bei der Erstmarke an sich zwar eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, aber nicht die Intensität eines Wettbewerbsausschlusses oder einer erheblichen Behinderung erreicht, wird sie u.U. durch die Verbindung mit dem zweigleisigen Vertrieb 'erheblich' (θ).

In den letzten beiden Fällen (η, θ) ist die Bindung funktional negativ zu bewerten. In Umkehrung der Lösung von (ζ) und analog zu derjenigen von (η) können die Absatzmittler im Fall (ϑ) wohl Belieferung mit der zweiten, bindungsfreien Variante oder Aufhebung der Preisbindung (oder Senkung des Preisbindungsniveaus), nicht aber die Einstellung des zweigleisigen Vertriebs oder Einführung der Preisbindung für die Zweitmarke verlangen<sup>108</sup>.

### III. Zweigleisiger Vertrieb als partielle Geschäftsverweigerung

In der Fallkonstellation (β) weigert sich der Hersteller, den nicht präferierten Absatzmittler und den Grossverteiler mit seiner Erstmarke zu beliefern. Ist die Nachfrage nach der hochpräferierten Erstmarke viel grösser als nach der wenig präferierten Zweitmarke, so werden u.U. die nicht präferierten Absatzmittler und der Grossverteiler in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten behindert: Sie können geltend machen, die Absatzchancen der ihnen angebotenen Variante seien zu gering, und es sei ihnen gerade an der speziellen Zusatzleistung der Erstmarke gelegen.

Der Produzent darf allerdings die hohen Konsumentenpräferenzen bezüglich seiner Erstmarke schützen, indem er sie aus einem unpassenden Angebotsumfeld heraushält und dafür sorgt, dass nur Absatzmittler sie vertreiben, die auch die verlangten Zusatzleistungen erbringen. Auch passt u.U. ein Grossverteiler prinzipiell nicht ins Vertriebssystem der Erstmarke.

Es muss sich dann im Einzelfall zeigen, ob die Geschäftsinteressen des Produzenten oder der betroffenen Absatzmittler überwiegen. Wenn die Unterschiede in den sekundären Zusatzleistungen gross genug sind, begründen sie ein legitimes Ge-

<sup>108</sup> Dies ist vor allem dann relevant, wenn der Markt auf der Stufe der Absatzmittler seinerseits starre Strukturen und keinen wirksamen Wettbewerb bezüglich Preisen und Produktqualitäten aufweist.



schäftsinteresse an einer Geschäftsverweigerung bezüglich der Erstmarke. Genügen diese Unterschiede nicht, stellt die Geschäftsverweigerung eine kartellrechtswidrige Vorkehr dar. Die Bereitschaft zur Belieferung mit der Zweitmarke lässt eine Kontrahierungspflicht bezüglich der Erstmarke nur dann dahinfallen, wenn die Absatzchancen ähnlich sind und der Preisunterschied den unterschiedlichen Absatzchancen entspricht.

#### IV. Exkurs: Diskriminierungsverbot des amerikanischen Rechts

Section 2(a) des Robinson-Patman Acts enthält folgende Bestimmung: *It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality .... where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition .....*

Mit dieser Bestimmung wurde 1936 der Sherman Act<sup>109</sup> revidiert, um die mittelständischen Händler vor der Konkurrenzierung durch zweigleisig vertriebene billigere Handelsmarken zu schützen<sup>110</sup>. Leading decision des Supreme Court ist **FTC v. Borden Co.**<sup>111</sup> Die Borden Co. verkaufte Kondensmilch sowohl unter ihrer intensiv beworbenen Marke "Borden" als auch - billiger - unter verschiedenen Handelsmarken. Der Supreme Court bejahte, dass die Varianten unerachtet der unterschiedlichen Markierung "of like grade and quality"<sup>112</sup> seien. Die Borden Co. vermochte aber ihr zweigleisiges Vertriebssystem mit dem Argument zu rechtfertigen,

109 Ausschlaggebend für diese Gesetzesänderung war, dass es gestützt auf den Sherman Act nicht gelang, Fülle von preisdiskriminierendem zweigleisigen Vertrieb mit die kostendifferenz übersteigenden Mengenrabatten zu verbieten (Goodyear Tire & Rubber Co. v. FTC 101 F.2d 620 [1939]).

110 Zum Robinson-Patman Act: Areeda, Antitrust Analysis, § 700 ff.; Earl W. Kintner, A Robinson-Patman Primer, A guide to the law against price discrimination, 2nd ed. New York 1979; Robert Varde Kuenzel, H. Steven Schiffres, Making sense of Robinson-Patman: The need to revitalize its affirmative defenses, 62:1211 Virginia Law Review 1976; Posner, The Robinson Patman Act, Federal Regulation of Price Differences, Washington DC 1976; Joseph E. Sheehy, "Like grade and quality", 30 A.B.A. Section of Antitrust Law (1966) S.2-8; anonym, Private Label Distribution: Lessening Competition Under the Robinson-Patman Act, 35 University of Chicago Law Review 1968, S.529-543; Symposium on Private Labeling And Power Buying Under The Robinson-Patman Act, 39 ABA Section of Antitrust Law 1970, S.833-883; anonym, Eine kleine juristische Schlummergeschichte, 79 Harvard Law Review (1966) S.921-933;

111 383 U.S. 637 (1966); CCH 1966 Trade Cases § 71.716; dt. GRUR Int. 1969 S.68-71 (mit Anmerkung); vgl. den vorangehenden Entscheid Borden Co. v. FTC des United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 339 F.2d 133 (1964) = CCH 1964 Trade Cases § 71.308 = Areeda, Antitrust Analysis, § 731; mit dem nachfolgenden Entscheid des United States Court of Appeals, Fifth Circuit 381 F.2d 175 (1967) = CCH 1967 Trade Cases § 72.161

112 Dazu Ralph Cassady and E.T. Grether, The proper interpretation of "like grade and quality" within the meaning of section 2(a) of the Robinson-Patman Act, 30 Southern California Law Review 1957, S.241-279. Zur ökonomischen Bedeutung des Borden-Falles Blair/Peles, Private brands and antitrust policy, S.46ff.



es liege keine "injury of competition" vor, weil der Unterschied der Fabrikabgabepreise zwischen den Varianten nur den unterschiedlichen Konsumentenpräferenzen entsprächen. Eine "injury of competition" wäre allerdings immer gegeben, wenn eine Behinderungsabsicht ("predatory pricing") zu erkennen wäre, oder wenn es nicht allen Abnehmern offen stünde, die Kondensmilch zu gleichen Bedingungen unter einer Handelsmarke zu vertreiben.

Im Entscheid **Continental Baking Co.v. Old Homestead Bread Co.** <sup>113</sup> gelang der Beklagten die Rechtfertigung ihres zweigleisigen Vertriebs nicht. Vielmehr betrachtete der Court of Appeals die Monopolisierungsabsicht als gegeben und verbot ihr den preisdiskriminierenden Vertrieb des von ihr produzierten Brotes.

## V. Ungleichbehandlung und vertikale Integration

Ein Vertikalkonzern<sup>114</sup> hat die Möglichkeit, einen einstufig tätigen Abnehmer, der auf die Belieferung durch den Produktionsbetrieb angewiesen ist und gleichzeitig mit einem Vertriebsunternehmen desselben Konzerns in Konkurrenz steht<sup>115</sup>, erheblich zu behindern, indem er dasselbe Produkt unter einer anderen Marke an eine Konzerntochter zu deutlich günstigeren konzerninternen Verrechnungspreisen, an den Dritten dagegen unter der teureren Erstmarke liefert. Diese "kostenmässige Manipulation"<sup>116</sup> erlaubt der Konzerntochter gegenüber dem Dritten günstigere Endverkaufspreise, was ihr einen Vorsprung im Kampf um die Konsumenten verschafft. Eine derartige Ungleichbehandlung kann eine Behinderung oder Verdrängung von Wettbewerbern auf der Absatzmittlerstufe darstellen. Jedenfalls dann, wenn die Ungleichbehandlung das Mass des durch den sachlogischen Zweck der Konzernierung Gebotenen übersteigt<sup>117</sup>, handelt es sich um eine Vorkehr.

Die Ungleichbehandlung kann auch darin bestehen, dass von den Produktvarianten die Erstmarke mit starken Nachfragerpräferenzen exklusiv nur über die Tochter vertrieben wird. Dieses Vertriebssystem kann durch den vorangegangenen Aufbau

- 
- 113    Entscheid des United States Court of Appeals, Tenth Circuit, 476 F.2d 97 (1973).  
       Eine wettbewerbsschädigende Preisdiskriminierung wurde auch bejaht in: Whitaker Cable Corp.v.FTC, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 239 F.2d 253 (1957); Page Diary Co. 50 FTC 395 (1953); United States Rubber Co. 46 FTC 998 (1950); Hausen Inoculator Company, Inc. 26 FTC 303 (1938).
  - 114    Zum Begrifflichen Schluep, Vertikalkonzern, S.103.
  - 115    Dazu allgemein Schluep, Kartellähnlicher Konzern, S.383f.; ders., Vertikalkonzern, speziell S.114f.; ders. Unternehmenskonzentration, S.525f.; Drolshammer, S.208; Homburger, S.98f.
  - 116    Benisch, Gemeinschaftskommentar, § 26 Abs.2 u. 3, RN 10, 50 und 74. Schluep, Vertikalkonzern, S.109 unterscheidet zwischen "squeeze" (kein Gewinn für Drittabnehmer) und "semi squeeze" (bescheidener Gewinn).
  - 117    Dazu Schluep, Vertikalkonzern, S.110f.

von Nachfragerpräferenzen durch langjährige gemeinsame Marketinganstrengungen der Konzernglieder und Zusatznutzenleistungen der Tochter sachlich legitimiert sein. Dagegen handelt es sich dann, wenn ein erst neuerdings vertikal integrierten Produzent nun alte Abnehmer ohne sachlichen Grund nicht mehr beliefern will, um eine Vorkehr.

## VI. Produktionsrationalisierender zweigleisiger Vertrieb

Der produktionsrationalisierende zweigleisige Vertrieb<sup>118</sup> in der Form der Produktionsspezialisierung, -konzentration und -diversifizierung führt an sich nicht zu einer Behinderung Dritter und ist darum nicht kartellrechtswidrig, auch dann nicht, wenn an ihm ein massgeblicher Teil der Produzenten auf einem Markt beteiligt ist. Die produktbezogenen Abreden können aber mit Kartellvereinbarungen kombiniert werden, die den Markt beeinflussen, indem sie eine Gebietsaufteilung, willkürliche Marktspaltung, Verdrängung Dritter und Ausbeutung von Zulieferern oder Nachfragern bezwecken. Dadurch wird nicht der produktionsrationalisierende zweigleisige Vertrieb, wohl aber die mit ihm verbundene wettbewerbsbeschränkende oder beeinflussende Abrede kartellrechtlich relevant.

## § 17 ZWEGLEISIGER VERTRIEB ZWISCHEN ANGELOTS- UND NACHFRAGEMACHT

### A Vorbemerkungen

#### I. Nachfragewettbewerb

Der Nachfragewettbewerb geriet, nach einer frühen Diskussionsphase, erst in den siebziger Jahren ins Blickfeld der Ökonomen und Wirtschaftsjuristen<sup>119</sup>. Dies

118 S. § 3 C. Dazu allgemein Hans Merz, Rationalisierung und Kartell, in: Ausgewählte Abhandlungen, S.579 - 593; a.M. bezüglich der zu weitgehenden Bejahung der Widerrechtlichkeit Schluep, Unternehmenskonzentration, S.523ff.; Wolfgang Leip, Zur Beurteilung langfristiger Lieferverträge zwischen Wettbewerbern nach deutschem Kartellrecht, WuW 36 (1986) S.455 - 465.

119 Aus der schweizerischen Literatur seien genannt: Otto Angehrn, Nachfragemacht von Handelsunternehmungen als Problem der Wettbewerbsgestaltung, in: Marketing, Gesammelte Aufsätze von Otto Angehrn, FS zum 65. Geburtstag von Otto Angehrn, Zürich 1981; Dominique J.E.Dreyer, La puissance d'achat en droit suisse de la concurrence; René Kühne, Nachfragemacht zwischen Einzelhandel und Konsumgüterindustrie in der Schweiz; André von Moos, Zum Pro-

hängt mit der Marktentwicklung bei den meisten Konsumgütern zusammen: Nicht mehr die Befriedigung von Basisbedürfnissen der Konsumenten bei beschränkter Produktionskapazität, sondern das Vermitteln und Anpassen der Produkte an die prinzipiell beschränkten und differenzierten Bedürfnisse der Konsumenten, das Marketing, steht bei der Produktbereitstellung im Zentrum. Die stärkere Gewichtung dieser Leistungen hat die Bedeutung der Funktionsstufe der Absatzmittler allgemein erhöht. Die wirtschaftliche Bedeutung des zweigleisigen Vertriebs wäre rechtlich unvollständig ausgeleuchtet, wenn wir die Rolle, welche nachfragemächtige Absatzmittler im Zusammenhang mit diesem Absatzsystem spielen können, nicht untersuchen würden.

## II. Begriff der Nachfragemacht

### 1. Nachfragemachtdefinition der Kartellkommission

Die **Nachfragemachtdefinition** der Kartellkommission lautet wie folgt<sup>120</sup>: *"Nachfragemacht liegt dann vor, wenn ein Nachfrager aufgrund seiner Marktstellung von einem Anbieter Bedingungen eingestanden erhalten kann, die er ohne diese Macht nicht durchsetzen könnte. Diese Nachfragemacht ist in einem besonders ausgestalteten und jeweils auf besonderen Ursachen beruhenden Machtverhältnis zwischen einem Nachfrager und einem Anbieter begründet, wobei ein positiver Machtsaldo zugunsten des Nachfragers zu verzeichnen ist."*

---

blem der Nachfragemacht aus schweizerischer Sicht; Richli, Angebotsmacht und Nachfragemacht; Schlupe, Begriff der Nachfragemacht; VKK 1976 (Die Nachfragemacht und deren Missbrauch); VKK 1979 (Die Konzentration im Lebensmittelhandel), VKK 1981 (Anzeigesperre "Tages Anzeiger"); VKK 1982 (Das Verhältnis zwischen Verlegern, Buchhandel und Buchclubs in der Deutschschweiz);

aus der deutschen Literatur: FIW-Dokumentation, Nachfragemacht, Die Ausübung von Marktmacht durch marktstarke Nachfrager, Bericht des Wettbewerbsausschusses der OECD, Heft 4, Köln 1983; Heinrich Hölzler/ Horst Satzky, Wettbewerbsverzerrungen durch nachfragemächtige Handelsunternehmen, Möglichkeiten und Grenzen ihrer Kontrolle, Köln u.a.O. 1980; Erhard Kantzenbach, Wirtschaftliche Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht, in: Freiheit und Fairness im Wettbewerb - Chance für einen leistungsfähigen Mittelstand, Wettbewerbskongress München 1977, S.125 - 138; Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager; ders., Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung, Tübingen 1986; Michael Lehmann, Die kartell- und wettbewerbsrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht in Deutschland und in den Vereinigten Staaten, FS für Max Nüchterlein, Nürnberg 1978, S.191-213; Monopolkommission, Sondergutachten 7, Missbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1977; Werner Schultes, Nachfragemacht, Nachfragemachtkartell und überlegene Marktmacht, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1982/1983, FIW-Schriftenreihe Heft 106, Köln 1984, S.1-18; Klaus Stahl, Wettbewerbspolitische Folgerungen für eine wirksame Kontrolle von Nachfragemacht, in: Wettbewerbskongress München 1977, S.147 - 169; Wilde, Wettbewerbsverzerrungen und Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfragemacht.

120 VKK 1981, S.65; VKK 1976, S.79

Der erste Satz entspricht ohne weiteres der üblichen Definition der Marktmacht<sup>121</sup>. Im zweiten Satz klingt dagegen das Verständnis der Marktmacht als bilaterales Beherrschungs- Abhängigkeitsverhältnis an, wie es von Arndt vertreten wird: Nach seiner Auffassung ist Nachfragemacht dann gegeben, "wenn ein Anbieter - in der Regel ein Fabrikant - auf einen seiner Kunden derart angewiesen ist, dass er seine Aufträge nicht verlieren kann, ohne seine wirtschaftliche Existenz zu gefährden". Dabei muss der Nachfrager nicht über Marktmacht im üblichen Sinn verfügen, und es muss auch keine Käufermarktlage vorliegen<sup>122</sup>.

In der "Tages-Anzeiger"- Untersuchung ist die Kartellkommission, der Kritik von Schluep<sup>123</sup> folgend, von dieser Auffassung einer bilateral zu diagnostizierenden Nachfragemacht abgerückt<sup>124</sup>. Nachfragemacht bildet demnach einen Unterfall der normalen Marktmacht i.S. der Marktbeherrschung und Beeinflussung von Art.2 und 4 KG. Die Brücke zur Auffassung von Arndt besteht in der anbieterbezogenen Eingrenzung des relevanten Markts: Diese wird durch die Produktions- und Vertriebsflexibilität eines konkreten Anbieters bestimmt.

## 2. Strukturelle Marktungleichgewichte und "reflexhafte" Marktmacht

Auf verschiedenen Märkten besteht aus folgenden Gründen eine Tendenz zu anbieterseitigen Marktungleichgewichten:<sup>125</sup>

- Kartellistische Vereinbarungen unter den Produzenten erhalten auch weniger produktive Unternehmen am Leben.
- Die Einführung neuer Technologien erhöht die Produktivität, bindet aber viel Kapital.

Beide Faktoren verhindern oder erschweren Kapazitätsanpassungen nach unten und Marktaustritte und begünstigen den Aufbau resp. Nicht-Abbau von überschüssigen Kapazitäten<sup>126</sup>.

121 S. § 14 A IV.2.b).

122 Arndt, Marktmacht auf der Nachfragerseite; ders. Markt und Macht, S.13ff.; eine abwägende Beurteilung bei Schluep, Nachfragemacht, S.570; vgl. auch Niestrath, S.106ff.; Richli, Nachfragemacht und Angebotsmacht, S.4f.; Wilde, S.54. Vgl. GWB § 26 Abs.2 Satz 2.

123 Schluep, Nachfragemacht, spez. S.576ff.

124 VKK 1981, S.65f.; Bruno Schmidhauser, Die Anzeigensperre gegen den "Tagesanzeiger", Anmerkungen zum Bericht der Kartellkommission, SAG 1981, S.147 - 151 (150).

125 Zur mikroökonomischen Theorie der Marktungleichgewichte Schumann "Neue Mikroökonomik" und "Theorie der Eigentumsrechte": Ansätze zur Ergänzung der mikroökonomischen Theorie; ders., Grundzüge, S.360ff., (Marktungleichgewichte als Folge der Informationskosten), S.269f. ("Tangentenlösung": Ueberkapazität auf oligopolistischen Märkten). Kritisch dazu Kaldor, Marktunvollkommenheit und Ueberschusskapazität, in: Wettbewerbstheorie, Hsg. K. Herdzina, S.90 -106.

126 Vgl. dazu Ernst Heuss, Wettbewerb, S.688.



Dies führt auf den betreffenden Märkten zu einem strukturellen Angebotsüberhang, was reflexhaft die Machtbildung auf der Nachfragerseite<sup>127</sup> begünstigt. Dabei handelt es sich - von Sonderfällen abgesehen - allerdings nicht um Marktmacht i.S. des KG, sondern um systemkonforme strukturelle Ungleichgewichtslagen, die durch Kapazitätsanpassung auf der Anbieterseite korrigiert werden müssen.

### 3. Marktstrukturen mit einzelnen marktmächtigen Nachfragern

Die Marktstruktur auf der Stufe der Absatzmittler von Konsumgütern weist eine deutliche Tendenz zu einem Oligopolkern der Grossverteiler<sup>128</sup> mit hoher Wettbewerbsintensität auf. Der intensive Wettbewerb zwischen den Grossverteilern und ihr Kampf um Marktanteile führt dazu, dass sie versuchen, den auf ihnen lastenden Wettbewerbsdruck auf ihre Lieferanten abzuwälzen<sup>129</sup>. Um diesen Oligopolkern herum gruppieren sich funktionell verschiedene Kategorien von kleineren, mehr oder weniger spezialisierten Fach- und Detailgeschäften.

Die Problematik der Nachfragemacht ist aber nicht nur im Bereich zwischen Produzenten und Absatzmittlern aktuell: Spezialisierte Zulieferer geraten in Abhängigkeit von einzelnen verarbeitenden Industrieunternehmen<sup>130</sup>, Lieferanten in diejenen von staatlichen und halbstaatlichen Stellen als Grossnachfrager etc.

### 4. Folgerungen

Es kann nicht von einer institutionellen Ueberlegenheit der Nachfrageseite<sup>131</sup> gesprochen werden, die von einer Beurteilung des Einzelfalls dispensieren würde. Marktstrukturen mit marktmächtigen Nachfragern können nur im Einzelfall bestimmt werden. Marktmacht der Nachfrager kann auch nicht für ganze Produktbereiche generell diagnostiziert werden. Es müssen sowohl die unterschiedlichen

---

127 Angehrn, Nachfragemacht, S.233; Schluep, Nachfragemacht, S.586.

128 Dazu Niestrath, S.137ff.

Die Kartellkommission verwendet den Begriff des Grossvertailers für "Unternehmungen, welche Gross- und Detailhandelsfunktionen im food- und non food-Sektor ausüben, über einen beträchtlichen Marktanteil und eine grössere Anzahl eigener Detailverkaufsstellen verfügen und/oder eine grössere Anzahl ihnen angeschlossener Detailverkaufsstellen beliefern" (VKK 1976, S.57 Fussnote 1).

129 Die wirtschaftlichen (sozialen, finanziellen und strukturellen) Grundlagen der Nachfragemachtsituation im Konsumgüterbereich in der Schweiz hat Kühne, spez. S. 144ff., qualitativ und quantitativ-statistisch umfassend aufgearbeitet.

130 Dazu beispielhaft Pfeffer, Der kartellrechtliche Schutz der Zulieferindustrie in der Automobilbranche; Richli, Nachfragemacht und Angebotsmacht, S.6f. S.u. C II.2.

131 Wie Schluep, Nachfragemacht, S.584ff., nachgewiesen hat.



Verhältnisse und Möglichkeiten des Anbieters als auch diejenigen der verschiedenen Kategorien von Nachfragern (Grossverteiler, Detail- und Fachhandel, Gross- und Kleinnachfrager) auf jedem relevanten Markt gesondert untersucht werden<sup>132</sup>.

## **B Zweigleisiger Vertrieb und Nachfragemacht**

### **I. Eingrenzung des relevanten Markts**

#### **1. Programmelastizität**

Der Produzent ist zu hohen produktbezogenen Investitionen für seinen Produktionsapparat und die Lagerhaltung<sup>133</sup> gezwungen, deren Verwendungszweck er nicht oder nur beschränkt ändern kann, während der Händler seine Regale prinzipiell auch mit andern Gütern füllen kann. Die Sortimentsflexibilität der Handelsbetriebe ist darum grösser als die Produktionsflexibilität der Produktionsbetriebe<sup>134</sup>. Dazu kommt, dass der Händler dank seiner Konsumentennähe schneller über Informationen bezüglich Nachfrageänderungen verfügt als der Produzent.

Allerdings können bestimmte Handelstypen ihre Position nur wahren, wenn sie ein volles Sortiment der gängigen Produkte und der gängigen Marken anbieten<sup>135</sup>. Der (Fach-)Händler kann nicht ohne weiteres auf ein marktdominierendes Produkt oder auf eine starke Marke verzichten<sup>136</sup>. Aber: "Die Abhängigkeitsstellung des Lieferanten gegenüber marktmächtigen Abnehmern ist ungleich grösser als die eines Händlers gegenüber einer Herstellermarke, die noch in dessen Sortiment fehlt."<sup>137</sup>

<sup>132</sup> Schluep, Nachfragemacht, S.586f.

<sup>133</sup> Die Lagerhaltung - und damit das Lagerrisiko - fällt in vielen Produktbereichen traditionell in den Bereich des Produzenten.

<sup>134</sup> Kühne, S.31; Richli, Nachfragemacht und Angebotsmacht, S.14; Schluep, Nachfragemacht, S.580f.

<sup>135</sup> Als Beispiele seien genannt: BGE 91 II S.489ff. (Walch gegen Navazza, Martell/Black and White), BGH-Entscheid vom 22.11.1975, NJW 29 (1976) S.801ff. = GRUR 1976, S.206ff. (Ros-signal). Dazu Gamm, Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung, NJW 33(1980), S.2495.

<sup>136</sup> Insbesondere dann, wenn trotz Identität des Basisprodukts keine Substitution mit anders markierten Produkten erfolgt.

<sup>137</sup> Benisch, Gemeinschaftskommentar, § 26 Abs.2 und 3, RN 46; zum Ganzen RN 20ff.

## 2. Beschaffungs- und Vertriebselastizität

Die Stellung des Nachfragers unterscheidet sich von derjenigen des Anbieters auch bezüglich der Beschaffungs- und Vertriebselastizität, d.h. der Elastizität der Beschaffungs- und Absatzwege. Die Handlungsmöglichkeiten eines Unternehmens im Bereich des Marketing verkümmern durch Nicht- oder nur partiellen Gebrauch, wenn über längere Zeit feste Absatzmodalitäten bestehen. Der Anbieter braucht mehr Zeit und Aufwand, um bei einem allfälligen Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen seine Absatzwege umzustellen oder neu aufzubauen, als der Nachfrager benötigt, um neue Lieferanten zu finden<sup>138</sup>. Für den Absatzmittler sind in den meisten Produktbereichen ohne weiteres alternative Bezugsquellen für substituierbare Güter zu finden<sup>139</sup>.

Dazu kommt die materielle Einschränkung der Handlungsmöglichkeiten dadurch, dass im Konsumgütersektor eine kleine Zahl von Grossverteilern den grössten Teil des Handelsvolumens auf sich vereinigt<sup>140</sup>. Wegen der starken Verkaufsstellenpräferenzen vieler Konsumenten sind im Konsumgütersektor grosse Marktanteile ausschliesslich über diese Grossverteiler zu erreichen. Und gerade diese bedeutendsten Absatzmittler lassen in wichtigen Produktbereichen die von ihnen angebotenen Produkte in eigenen Produktionsbetrieben herstellen<sup>141</sup> oder vertreiben von Dritten hergestellte Produkte unter ihren eigenen Handelsmarken. Diese wichtigsten Absatzkanäle stehen deshalb dem traditionellen Hersteller-Markenartikel beinahe vollständig (Migros) oder teilweise (Coop) nicht (mehr) offen<sup>142</sup>.

## 3. Folgerungen

Die tendenziell geringere Programmelastizität und Vertriebsflexibilität der Produzenten führt zu folgendem Schluss: "Je geringer diese 'Produktionsflexibilität' und Programmelastizität<sup>143</sup>, desto enger der relevante Markt und (deshalb) desto wahrscheinlicher die Marktmacht der Nachfrager"<sup>144</sup>.

138 Schluep, Nachfragemacht, S.580f.

139 Richli, Nachfragemacht und Angebotsmacht, S.12; Schluep, Nachfragemacht, S.580 und 587.

140 1980 erbrachten die Konsumgenossenschaften (Migros, Coop etc.) 60,5% des Detailhandelsumsatzes der Schweiz. Dazu Kühne, S.178; ausführlich zur Strukturentwicklung des Detailhandels a.a.O. S.168ff.

141 23% des gesamten Migros-Angebots wird in eigenen Produktionsbetrieben hergestellt.

142 Vgl. für den deutschen Markt Höhl, S.68ff.

143 Sowie Vertriebsflexibilität.

144 Schluep, Nachfragemacht, S.580.

## II. Marke und Macht

### 1. Markenartikel

Als wesentliches Element der Unternehmensstrategie eines Produzenten im Konsumgüterbereich gilt der Aufbau des eigenen Produkts zu einem Markenartikel<sup>145</sup>. Der Vertrieb seines Produkts unter eigener, bekannter Marke macht den Hersteller in seiner Absatzgestaltung vom Handel unabhängiger und erhöht seine Ausweichflexibilität bezüglich der Absatzkanäle. Die Verfügungsmöglichkeit über seine Marke bildet für ihn eine Machtressource<sup>146</sup>.

Dafür notwendig ist jedoch ein einheitliches Qualitätsniveau und Produktimage. Diese beschränken den Absatz aber auf ein bestimmtes Segment der Nachfragerbedürfnisse und damit auf bestimmte Konsumenten und Absatzmittler. Ein partielles Ausweichen mit derselben Produktvariante auf andere Segmente gefährdet die Kohärenz seines Produkts als einheitliches Leistungsangebot.

### 2. Vorteile des zweigleisigen Vertriebs

Der zweigleisige Vertrieb erlaubt dem Produzenten, in Absatzbereiche mit einem anderen Image und einem anderen Preisniveau einzutreten und Absatzmittler zu beliefern, deren Image und deren Zusatzleistungsangebot mit seiner Erstmarke nicht vereinbar wäre<sup>147</sup>. Durch diese mit dem zweigleisigen Vertrieb verbundenen zusätzlichen Handlungsmöglichkeiten steigt seine Vertriebsflexibilität und vermindert sich seine Abhängigkeit von einem bestimmten Absatzmittler.

Die unterschiedliche Markierung ermöglicht ihm eine Produktdifferenzierung, ohne dabei die Vorteile der produktionstechnischen Spezialisierung aufzugeben<sup>148</sup>.

### 3. Zweit- oder Handelsmarken

---

145 Niestrath, S.229. S. § 6 B.

146 Niestrath, S.204f.

147 S. § 18 C II.2.

148 Vgl. dazu Niestrath, S.171.

Obwohl in der Literatur ausführlich besprochen, kommt der Zweit- oder Kampfmarkenstrategie<sup>149</sup>, bei welcher der Hersteller das Schicksal aller Varianten kontrolliert, in der Wirklichkeit der schweizerischen Konsumgüterwirtschaft nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Die bekanntesten und wichtigsten Fälle des zweigleisigen Vertriebs werden durch nebeneinander bestehende Hersteller- und Handelsmarken gebildet<sup>150</sup>.

#### 4. Handelsmarken

##### a) Vorteile und Nachteile der Handelsmarke für den Absatzmittler

Die handelsseitige Markierung bedeutet, dass der Verbraucher stärker an das Handelsunternehmen gebunden wird. Dadurch kann der Händler den Verlust an persönlicher Beziehung zu seinen Kunden infolge des Selbstbedienungssystems institutionell kompensieren. Den Herstellern wird dabei die Möglichkeit genommen, die Konsumentennachfrage auf eine eigene Marke zu konzentrieren<sup>151</sup>.

Durch das Anbieten einer Handelsmarke steigt die Beschaffungsflexibilität des Händlers, weil er sein Handelsmarkenprodukt von verschiedenen Herstellern nach eigenen Vorschriften herstellen lassen kann.

Aber der Absatzmittler verliert beim Vertrieb von Handelsmarkenprodukten die mit dem Herstellermarkenartikel verbundenen Vorteile, insbesondere die vorbestehenden Konsumentenpräferenzen und die Absatzförderung durch die Sprungwerbung und Imagepflege der Hersteller.

Der Aufbau einer Eigenmarke mit äquivalenten Absatzchancen kann in gewissen Produktbereichen unmöglich oder wegen des dafür notwendigen Aufwands unrentabel sein. Eigenmarken erfolgreich lancieren kann nur der Händler, der über deutliche Verkaufsstellenpräferenzen und ein durchdachtes Marketing-Konzept verfügt. Andernfalls bleibt die Eigenmarkenvariante im untersten Qualitäts- und Preissegment ihrer Produktklasse.

---

149 Umfassend dazu Höhl.

150 S. § 18 C II.1.

151 Niestrath, S.241; Otto Angehrn, Handelsmarken und Herstellermarken im Wettbewerb, Stuttgart 1969, S.123ff.

Für gewisse Absatzmethoden, insbesondere für Sonderpreisaktionen, sind Herstellermarkenartikel sogar unverzichtbar, weil die Wirkung derartiger Verkaufsaktionen gerade auf der Kombination einer allseits bekannten Marke mit einem ungewöhnlich tiefen Preis beruht.

#### b) Vorteile und Nachteile der Handelsmarke für den Hersteller

Durch den Vertrieb seines Produkts unter einer Handelsmarke kann der Produzent seine Kapazität auslasten, und neue Käuferschichten erreichen, ohne die alten zu verlieren<sup>152</sup>.

Die Hoffnung, mit dem Verkauf eines Teils der Produktion unter der Marke eines Absatzmittlers die Kapazität auszulasten, erfüllt sich für den Produzenten nur, wenn die Eigenmarkenproduktion einen bestimmten Anteil an der Gesamtproduktionsmenge nicht übersteigt<sup>153</sup>. Eine Befragung der Lieferanten der MIGROS ergab, dass die Produzenten umso mehr freie Kapazität haben, je stärker ausgeprägt ihre Abhängigkeit von der MIGROS ist<sup>154</sup>. Wenn der Anteil der Handelsmarkenproduktion eine kritische Schwelle übersteigt, wird der Gewinn an Vertriebswegflexibilität durch die Nachteile zunehmender Abhängigkeit überlagert.

Der Hersteller, der sein Produkt unter einer Handelsmarke vertreibt, ist nicht frei, den von ihm benützten Absatzkanal zu wechseln, weil in diesem Fall die Nachfragerpräferenzen bezüglich der Handelsmarke beim Absatzmittler verbleiben. Auch wenn noch andere Absatzmittler vorhanden sind, vermehrt dies also die Ausweichmöglichkeiten des Herstellers von Handelsmarkenprodukten nicht. Im Extremfall sinkt der Hersteller zu einem "manufacturing agent"<sup>155</sup>, einem Lohnfabrikanten, ab.

#### c) Folgerungen

Wenn es dem Absatzmittler gelingt, seinen Handelsmarkenprodukten gute Absatzchancen zu verschaffen, vergrößert sich dadurch seine Beschaffungsflexibilität. Die Vertriebsflexibilität des Produzenten steigt durch einen zweigleisigen Vertrieb, wenn der Anteil der Handelsmarkenproduktion klein bleibt. Nehmen die Handels-

---

<sup>152</sup> S. § 18 C II.2.

<sup>153</sup> S. § 18 C II.5.

<sup>154</sup> M-Sozialbilanz 1980. Eine Darstellung der gesellschaftsbezogenen Ziele und Tätigkeiten der MIGROS-Gemeinschaft, Zürich 1980, S.20; vgl. auch Niestrath, S.153f.

<sup>155</sup> Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, S.35.



marken einen grossen Anteil ein, erhöht dies tendenziell seine Abhängigkeit vom betreffenden Absatzmittler.

Wenn eine beschränkte Vertriebsflexibilität des Produzenten mit einer geringen Produktionsflexibilität zusammentrifft, ist der relevante Markt eng einzugrenzen. Auf diesem relevanten Markt kann einem Nachfrager von Produkten, die er unter seiner Handelsmarke vertreibt, Nachfragemacht zukommen.

### **III. Der zweigleisige Vertrieb zwischen Anbieter und Nachfrager**

Um die Bedeutung des zweigleisigen Vertriebs im Spannungsfeld zwischen Anbieter und Nachfrager bestimmen zu können, müssen folgende Fallkonstellationen unterschieden werden:

#### **1. Herstellermarkenartikel mit hoher Attraktionskraft**

Wenn der Hersteller über einen Markenartikel mit hoher Attraktionskraft verfügt, ist er daran interessiert, ihn aus einem unerwünschten Absatzumfeld heraushalten. Er wird sich deshalb weigern, einen Billigst-Händler mit unpassendem Verkaufsstellenimage oder einen Discounter mit aggressiver Preisstrategie unter seiner Erstmarke zu beliefern. Um das durch diese Absatzmittler erreichbare Nachfragerpotential nicht zu verlieren, bietet er ihnen dasselbe Basisprodukt unter seiner Zweitmarke oder unter einer Handelsmarke an. Diese Absatzmittler sind an der Erstmarke dieses Produzenten wegen der damit verbundenen stabilen, hohen Konsumentenpräferenzen interessiert. Wenn sie kein qualitativ gleichwertiges Produkt - weder unter einer Hersteller noch einer Handelsmarke - erhalten, sind sie allerdings auch bereit, das Produkt unter einer andern Marke zu vertreiben.

Setzt sich der Hersteller durch, vergrössert sich durch diesen zweigleisigen Vertrieb seine Vertriebsflexibilität. Wenn sich ein marktmächtiger Anbieter ohne sachlichen Grund weigert, einen Absatzmittler mit seiner Erstmarke zu beliefern, kann dies eine behindernde Vorkehr i.S.v. Art.6 KG darstellen. Dies jedenfalls dann, wenn der Händler zwingend auf den Herstellermarkenartikel angewiesen ist<sup>156</sup>. Die Belieferung unter einer Marke ohne Attraktionskraft nimmt der Geschäftsverweigerung bezüglich der Erstmarke wegen der Zusatzleistungsdifferenz zwischen den Varianten den Charakter einer Vorkehr nicht.

---

156 Vgl. die Fälle Walch gegen Navazza, Rossignol, s. § 16 A III.1.a).

Setzt sich dagegen der Absatzmittler durch, stärkt dies seine Marktposition und schwächt diejenige des Herstellers.

## **2. Herstellermarkenartikel mit geringer Attraktionskraft**

Anders ist die Interessenlage in einem Produktbereich, in dem keine Markenartikel mit stabilen Nachfragerpräferenzen bestehen, sondern mehrere Hersteller und Händler bemüht sind, Marken mit Attraktionskraft aufzubauen<sup>157</sup>. In diesem Fall ist der Hersteller daran interessiert, sein Produkt in jedem Absatzkanal unter seiner Marke zu vertreiben. Dem Absatzmittler dagegen liegt daran, eine Handelsmarke mit Attraktionskraft aufzubauen, wobei er preislich und qualitativ vergleichbare Produkte von verschiedenen Herstellern beziehen könnte.

Wenn es dem Hersteller gelingt, seinen Markenartikel auch in diesem Kanal abzusetzen und damit weiter zu stärken, so steigt dadurch seine Vertriebsflexibilität.

Wenn dagegen der Händler durchsetzt, unter seiner Handelsmarke beliefert zu werden, steigt dadurch seine Bezugsflexibilität, während Vertriebsflexibilität und Marktposition des Herstellers durch diesen zweigleisigen Vertrieb geschwächt werden.

## **C Zweigleisiger Vertrieb als Ausbeutung und Behinderung von Anbietern**

### **I. Einzelvariantenbezogener Nachfragemachtmissbrauch**

Da der zweigleisige Vertrieb prinzipiell eine Angebotsstrategie darstellt, ist er als einheitliches Vertriebssystem in der Regel nicht das Ergebnis eines Missbrauchs von Nachfragemacht. Eine Vorkehr, die von einem marktmächtigen Nachfrager ausgeht, ist meist nur mit einer Variante verbunden.

Wenn ein nachfragemächtiger Händler den Hersteller dazu zwingt, ihn mit der Erstmarke zu beliefern, obwohl sachliche Gründe dagegen sprechen (Image-Unverträglichkeit, Fehlen von notwendigen Zusatzleistungen), kann dies eine Vorkehr

---

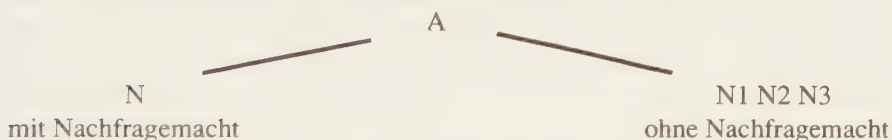
<sup>157</sup> Beispiele in VKK 1983 (Die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt der Frühstücksgetränke).

darstellen, weil der Absatzmittler dadurch die Attraktionskraft des Herstellermarkenartikels gleichzeitig ausbeutet und schädigt. Immer aber ist zu fragen, ob das Handeln des Nachfragers nicht durch legitime Geschäftsinteressen begründet sei.

Beim Bezug des Handelsmarkenprodukts können ungerechtfertigte, eventuell diskriminierende tiefe Preise und günstige Belieferungskonditionen durchgesetzt werden. Bei vielen Konsumgütern verlangen die Absatzmittler, dass bereits der Hersteller die Handelsmarke auf dem Produkt anbringe. Dies ist wohl meist sachlich gerechtfertigt. Wenn der Nachfrager verlangt, dass der Produzent so markierte Produktvarianten auf eigene Rechnung lagert, bis er sie - kurzfristig - abrufen kann, kann dies allerdings eine erhebliche Vorkehrung darstellen.

## II. Zweigleisiger Vertrieb und zweistufige Preisdiskriminierung

### 1. Behinderung von Nachfragern durch Konkurrenten



Eine Konstellation, bei der Marktmacht auf zwei Stufen eine Rolle spielt, besteht dann, wenn der marktmächtige Nachfrager vom Anbieter Vorzugsbedingungen verlangt - und auch zugestanden erhält -, die dieser anderen Nachfragern, denen gegenüber er in der überlegenen Position ist, verweigert.

Die Vorzugsbehandlung kann darin bestehen, dass der Anbieter den bevorzugten Nachfrager zu tieferem Preis unter dessen Eigenmarke beliefert, während die benachteiligten Nachfrager nur den teureren Herstellermarkenartikel erhalten ( $\alpha$ ). Oder die schwächeren Nachfrager werden dadurch benachteiligt, dass sie nicht mit dem Herstellermarkenartikel beliefert werden, der einem bevorzugten Nachfrager vorbehalten bleibt ( $\beta$ ).

In beiden Fällen liegt eine wettbewerbsverfälschende Diskriminierung oder Geschäftsverweigerung nur dann vor, wenn tatsächlich eine Ungleichbehandlung vorliegt, d.h. die unterschiedlichen Fabrikpreise für die Varianten die Händler bezüglich der Absatzchancen nicht gleichstellen, und wenn die Ungleichbehandlung oder

Geschäftsverweigerung nicht durch sachliche Gründe legitimiert ist (Imageverträglichkeit, Kosten- und Marktstrukturen)<sup>158</sup>. Die Besonderheit dieser Konstellation liegt darin, dass die Vorkehr zwar vom Anbieter ausgeht, aber ein Dritter, der marktmächtige Nachfrager, missbräuchlich handelt. Folgende Fälle sind zu unterscheiden:

Gehört N nicht zum selben relevanten Markt wie N1, N2, N3 und A, so ist A möglicherweise selbst marktmächtig. Diesfalls können N1, N2 und N3 gegen ihn als kartellähnliche Organisation vorgehen. A kann nicht als Rechtfertigung vorbringen, weil N durch Machtmissbrauch von ihm Sonderkonditionen verlange, sei er gezwungen, seine Abnehmer unterschiedlich zu behandeln. Er kann gezwungen werden, seine Abnehmer gleich (schlecht) zu stellen. U.U. muss er selbst gegen N kartellrechtlich vorgehen.

Oder N gehört zu demselben relevanten Markt wie A und N1, N2 und N3. Dann ist N auf diesem Markt der Marktmächtige. A kann als Opfer einer Vorkehr von N nicht zugleich gegenüber N1, N2 und N3 marktmächtig sein. Das Handeln von A unterliegt also nicht dem Geltungsbereich des Kartellrechts. In diesem Fall müssen N1, N2 und N3 gegen N als ihren marktmächtigen Konkurrenten klagen und die Unterlassung der **indirekten Vorkehr** verlangen<sup>159</sup>. Sowohl dann, wenn N von A die Schlechterstellung seiner Konkurrenten ausdrücklich verlangt, als auch dann, wenn sie die diskriminierende Ungleichbehandlung indirekt durch die Marktsituation ergibt, ist N der Urheber dieser indirekten Diskriminierung.

## 2. Behinderung der Zulieferer durch Bindung der Abnehmer

Der BGH<sup>160</sup> hatte folgenden Fall einer Behinderung durch eine vertikal integrierte Unternehmensform zu beurteilen: Das Volkswagenwerk verpflichtete seine Vertragshändler und -werkstätten, bei der Reparatur von Personenwagen der Marken VW und Audi nur Original-Ersatzteile zu verwenden. Dadurch wurden diese gehindert, **baugleiche** Ersatzteile (billiger) direkt von den Zulieferern zu beziehen. Bei diesen sog. "Identteilen" handelt es sich um stofflich-technisch identische Ersatzteile, die sich von Original-Ersatzteilen nur dadurch unterscheiden, dass sie nicht die Marke "VW" oder "Audi" tragen. Durch dieses Verbot wurden die Zulie-

<sup>158</sup> S. § 16 B II.

<sup>159</sup> So Schluep, Nachfragemacht, S.589 FN 95c). Vgl. auch VKK 1976, S.87f.; Richli, Nachfragemacht und Angebotsmacht, S.21; Weibel, S.103f., 131 und 143; Beispiele bei Benisch, § 26 Abs. 2 N 34.

<sup>160</sup> BGHZ 81, S.322ff. "Original-VW-Ersatzteile II", auszugsweise in VKK 1978, S.203. Dazu Helmut Köhler, Individualwettbewerb und Gruppenwettbewerb, ZHR 146 (1982), S.580-594.

ferer in ihren Absatzmöglichkeiten beschränkt, wodurch die Marktposition des Volkswagenwerks ihnen gegenüber zusätzlich verstärkt wurde. Die Vertragshändler und -werkstätten verteidigten dieses Absatzsystem. Der BGH schützte die Bezugsbindung mit der Begründung, das Volkswagenwerk stehe mit andern Personenwagenherstellern im Wettbewerb. Deshalb habe es ein Interesse daran, den Servicedienst an den von ihm verkauften Autos (qualitäts-)optimal zu organisieren. Der Schutz der Wettbewerbsfreiheit innerhalb der Gruppe, nämlich der Zulieferer und Vertragswerkstätten, und die Interessen der Konsumenten an möglichst günstigen, dabei qualitativ gleichwertigen, Ersatzteilen wurden dabei nicht berücksichtigt.

Den schweizerischen Automobilersatzteilmarkt untersuchte die Kartellkommission in ihrer Allgemeinen Erhebung über "Die Bedeutung der Alleinvertriebsverträge für den Wettbewerb in der Automobilbranche"<sup>161</sup>. Anders - und überzeugender - als der BGH grenzte die Kartellkommission den Markt für Automobilersatzteile von dem für Neuwagen ab<sup>162</sup> und regte an<sup>163</sup>, dass Konzessionshändler und -werkstätten nicht durch den Alleinvertriebsvertrag mit dem Neuwagenimporteur gehindert werden sollten, "Ersatzteile mit gleichen oder besseren Qualitäten", also auch Identteile, von anderen Zulieferern als den offiziellen Importeuren zu beziehen.

---

161 VKK 1978, S.77ff.

162 S.207ff.

163 Anregung 4, S.223.



## § 18 ANHANG: SCHRIFTLICHE BEFRAGUNG

### A Allgemeines

#### I. Ziel

Eine wirtschaftsrechtliche Untersuchung des zweigleisigen Vertriebs als wirtschaftliche Erscheinung wäre unvollständig, wenn sie sich nicht auf Kenntnisse des tatsächlichen Wirtschaftslebens stützen könnte<sup>164</sup>. Deshalb hat der Schreibende bei schweizerischen Industriellen eine schriftliche Umfrage bezüglich des zweigleisigen Vertriebs durchgeführt.

Diese schriftliche Befragung hatte primär zum Ziel, genaue Angaben zu folgenden Fragen zu erhalten:

- Wie häufig wird ein zweigleisiger Vertrieb durchgeführt?
- Welche Formen des zweigleisigen Vertriebs sind die häufigsten?
- Aus welchen Gründen vertreibt ein Hersteller sein Produkt zweigleisig?
- Aus welchen Gründen verzichtet ein Hersteller darauf, sein Produkt zweigleisig zu vertreiben?

#### II. Form

Die Form der schriftlichen Befragung erlaubt es, mit vertretbarem zeitlichem und finanziellem Aufwand Angaben von einer grossen Zahl von Unternehmen zu erhalten, die miteinander verglichen und statistisch ausgewertet werden können. Der zu diesem Zweck entworfene Fragebogen sollte möglichst viele wirtschaftliche Situationen erfassen, in denen ein zweigleisiger Vertrieb durchgeführt wird, gleichzeitig aber bewusst einfach formuliert sein, um die Barriere zur Beantwortung des Fragebogens möglichst niedrig zu halten. Es wurde deshalb darauf verzichtet, anspruchsvollere Fragen zu Zusammenhängen der Absatzpolitik zu stellen.

#### III. Stichprobenerhebung

Um die schriftliche Befragung durchführen zu können, mussten die Unternehmen bestimmt werden, die angeschrieben werden sollten. Dabei waren folgende Überlegungen massgeblich:

- Es wurden nur schweizerische Produktionsunternehmen angeschrieben.
- Die Produkte dieser Unternehmen sollten unter Markenbezeichnungen an den Konsumenten gelangen. Dabei kamen langlebige und kurzlebige Konsumgüter in Frage.

<sup>164</sup> Der Schreibende bezog die Anregung, eine derartige schriftliche Befragung durchzuführen, von der Befragung, die Teil der Untersuchung zur Nachfragemacht zwischen Einzelhandel und Konsumgüterindustrie in der Schweiz (S.197ff.) von René Kühne bildet.

- Die angeschriebenen Unternehmen sollten ausgewogen auf die verschiedenen in Frage kommenden Produktbereiche verteilt sein.
- Ausgeschlossen wurden Gewerbetreibende und Produzenten rein landwirtschaftlicher Produkte.

Die Adressen wurden auf zwei Wegen erhoben:

Aus der Mitgliederliste der PROMARCA wurden 68 Unternehmen angeschrieben.

Aus verschiedenen Adressbüchern (Kompass, Orell Füssli Verlags AG, etc.) der schweizerischen Wirtschaft wurden 69 Adressen herausgesucht.

Auf diesem Weg wurden die Adressen von 137 Unternehmen ermittelt, die den gewünschten Anforderungen entsprachen.

## **B Durchführung**

### **I. Versand der Fragebogen**

Beim Versand wurde dem Fragebogen ein Brief beigelegt, der den Befragten den Aufbau der wirtschaftsrechtlichen Untersuchung des zweigleisigen Vertrieb und das Ziel der schriftlichen Befragung aufzeigen sollte.

Die Umfrage bei den Mitgliedern der PROMARCA wurde unterstützt durch ein Schreiben von Dr. Beat Auer, Geschäftsführer der PROMARCA.

### **II. Rücklauf**

Der Rücklauf beträgt total 47.5%; für die PROMARCA-Mitglieder ist er mit 51.5% signifikant höher als für die übrigen Befragten mit 43.5%. Dies ist primär auf das unterstützende Schreiben des PROMARCA-Geschäftsführers, aber auch auf die erhöhte Sensibilisierung dieser Unternehmen für Fragen der Markenpolitik zurückzuführen.

Bei der Wertung der Rücklaufquote muss berücksichtigt werden, dass die standardisierten Fragen des Fragebogens von einzelnen Unternehmen als für ihre spezielle wirtschaftliche Situation nicht passend empfunden oder aus anderen Gründen nicht akzeptiert wurden. In vereinzelt Fällen konnten diese Schwierigkeiten durch ein telefonisches Gespräch bereinigt werden. Dazu kommt, dass es sich beim zweigleisigen Vertrieb um eine Erscheinung handelt, die von vielen Unternehmen als "heikel" empfunden wird und den Bereich des Geschäftsgeheimnisses tangiert. Die Beantwortung diesbezüglicher Fragen verlangte deshalb die Ueberwindung beträchtlicher

Barrieren<sup>165</sup>. Unter Berücksichtigung dieser Umstände muss der erreichte Rücklauf an ausgefüllten Fragebogen grundsätzlich als Erfolg gewertet werden.

### III. Auswertung

die Auswertung der Fragebogen erfolgte mittels des SAS Statistikprogramms auf der Rechenanlage des Rechenzentrums der Universität Zürich.

## C Ergebnisse

### I. Zweigleisiger Vertrieb: Ja oder Nein.

#### 1. Generelle Häufigkeit

Die prinzipielle Frage, ob der Produzent Waren herstelle, die dem Konsumenten nicht unter seiner (Erst-)Marke angeboten würden, beantworteten 61.5% mit **ja**, 38.5% mit **nein**.

#### 2. Häufigkeit nach Branchenzugehörigkeit

Die Befragten wurden in fünf Produktbereiche eingeteilt: Lebensmittel und Getränke (1), Haushaltswaren (2), Chemisch-technische und pharmazeutische Produkte (3), Reinigungsmittel und Kosmetik (4) und eine Restgruppe mit Baumaterialien, Schuhen, Teppichen, Tabak, Hygienepapier, Verbandstoffe und langlebigen technischen Geräte (5). Die Gruppen umfassen 36, 5, 7, 8 und 9 ausgefüllte Fragebogen.

Nach Branchengruppe geordnet lauten die ja-Prozentzahlen folgendermassen:

|                   |       |
|-------------------|-------|
| Branchengruppe 1: | 61%   |
| Branchengruppe 2: | 80%   |
| Branchengruppe 3: | 71.5% |
| Branchengruppe 4: | 25%   |
| Branchengruppe 5: | 78%.  |

---

<sup>165</sup> Die Beantwortung des Fragebogens muss vor dem Hintergrund gesehen werden, dass die meisten Unternehmen ihren zweigleisigen Vertrieb noch nie in irgendeiner Form publik gemacht hatten. Die von Kühne erwähnte "von einigen Detailhandelsunternehmungen lange geübte Praxis der sehr zurückhaltenden Information der Öffentlichkeit" gilt auch für den zweigleisigen Vertrieb.

### 3. Häufigkeit nach PROMARCA-Zugehörigkeit

Von den PROMARCA-Mitgliedern beantworteten 48.5% die Frage mit ja, von den Nicht-PROMARCA-Mitgliedern 80%.

### 4. Häufigkeit nach Umsatz

Die Befragten wurden nach dem jährlichen Umsatz in vier Gruppen eingeteilt: Umsatzgruppe 1 unter Fr.20 Mio., Umsatzgruppe 2 zwischen Fr.21 Mio. und 40 Mio., Umsatzgruppe 3 zwischen Fr.41 und 100 Mio., Umsatzgruppe 4 über Fr.100 Mio.

Nach Umsatzgruppe geordnet lauten die ja-Prozentzahlen folgendermassen:

|                 |        |
|-----------------|--------|
| Umsatzgruppe 1: | 100%,  |
| Umsatzgruppe 2: | 61.5%, |
| Umsatzgruppe 3: | 54%,   |
| Umsatzgruppe 4: | 50%.   |

## II. Antworten der zweigleisig vertreibenden Unternehmen

### 1. Form des zweigleisigen Vertriebs

90% der zweigleisig Vertreibenden verkaufen von ihnen hergestellte Produkte zusätzlich unter einer Eigenmarke des Handels, 33% unter einer eigenen Zweitmarke, 10% als "weisse Produkte", d.h. ohne Markenbezeichnung.

### 2. Gründe für den zweigleisigen Vertrieb

#### a) Häufigkeit der Nennung der Gründe

Die vorgegebenen Gründe für den zweigleisigen Vertrieb wurden in folgender Häufigkeit genannt:

|                                                                                            |          |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| Man erreicht neue Konsumentengruppen/Käuferschichten, ohne die alten zu verlieren          | (71%).   |
| Auslastung von sonst unzureichend genutzten Kapazitäten                                    | (47.5%). |
| Man kann neue Absatzkanäle bedienen, die die eigene Position in den alten zu gefährden     | (42%).   |
| Sonst hätte nur ein Konkurrent das Basisprodukt für diese Handelsmarke geliefert           | (39.5%). |
| Produktion grosser Stückzahlen, mit denen man wenig Umtriebe und kein Risiko hat           | (31.5%). |
| Sonst hätte ich einen wichtigen Abnehmer verloren und einen Umsatzverlust hinnehmen müssen | (21%).   |
| Absatzweg für qualitativ weniger hochwertige Produkte                                      | (2.5%).  |

## b) Wichtigkeit der Gründe

81,5% der Antwortenden gewichteten die angegebenen Gründe nach der Priorität für ihr Unternehmen:

Dabei wurde die Kapazitätsauslastung am häufigsten (35,5%) als wichtigster Grund angegeben, mit 16% am zweithäufigsten das Erreichen neuer Käuferschichten und das Bedienen neuer Absatzkanäle.

## 3. Mehrgleisiger Vertrieb

47,5% der zweigleisig Vertreibenden gaben an, von ihnen hergestellte Produkte würden unter mehr als einer Handelsmarke vertrieben. Dabei wurde die jeweilige Anzahl der Handelsmarken, unter denen das eigene Produkt **zusätzlich** zur eigenen Erstmarke vertrieben wird, in folgender Häufigkeit genannt:

|                   |                                                                                                                        |
|-------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2 Handelsmarken:  | 19%,                                                                                                                   |
| 3 Handelsmarken:  | 44%,                                                                                                                   |
| 4 Handelsmarken:  | 19%,                                                                                                                   |
| 30 Handelsmarken: | 6% (ein Hersteller von Baumaterialien mit Produkten mit jeweils unterschiedlichen Zusatzleistungen der Absatzmittler), |
| 60 Handelsmarken: | 6% (weltweiter mehrgleisiger Vertrieb eines Herstellers von chemisch-technischen Produkten).                           |

## 4. Qualitätsunterschiede

39,5% der Antwortenden gaben an, es bestünden qualitative Unterschiede zwischen ihrem Markenartikel und dem auf dem zweiten Gleis angebotenen Produkt.

46% derjenigen, die Varianten mit Qualitätsunterschieden vertreiben, glauben, dass der objektive Qualitätsunterschied ein massgeblicher Grund dafür ist, dass die Käufer den Markenartikel des Herstellers oder die Handelsmarke bevorzugen.

In 51% der Fälle nimmt das betreffende Handelsunternehmen Einfluss auf den Produktionsvorgang (durch Vorschriften bezüglich Qualität oder Rohstoffbezug).

## 5. Umsatzanteile

### a) Umstzanteil mit Handelsmarken

72% der zusätzlich unter einer Handelsmarke vertreibenden Anbieter gaben den Umsatzanteil, den sie mit Handelsmarken erwirtschaften, in Prozenten des Gesamtumsatzes an. In dieser Gruppe der Antwortenden (=100%) verteilen sich die Anteile am Gesamtumsatz folgendermassen:



|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| Weniger als 10% des Umsatzes: | 52%,  |
| zwischen 10% und 30%:         | 26%,  |
| zwischen 30% und 50%:         | 11%,  |
| zwischen 50% und 70%:         | 7.5%, |
| zwischen 70% und 100%:        | 3.5%. |

b) Umstzanteil mit Zweitmarken

Alle Anbieter, die ihr Produkt zusätzlich unter einer eigenen Zweitmarke anbieten (=100%), gaben den Umsatz auf dem zweiten Gleis in Prozenten des Gesamtumsatzes an:

|                               |        |
|-------------------------------|--------|
| Weniger als 10% des Umsatzes: | 55.5%, |
| zwischen 10% und 30%:         | 33.5%, |
| zwischen 30% und 50%:         | 11%,   |
| über 50%:                     | 0%.    |

c) Umstzanteil mit Exklusivmarken für ein bestimmtes Handelsunternehmen

14 Antwortende (=100%) gaben den Umsatzanteil an, den sie mit Exklusivmarken für ein bestimmtes Handelsunternehmen erwirtschaften:

|                               |        |
|-------------------------------|--------|
| Weniger als 10% des Umsatzes: | 46.5%, |
| zwischen 10% und 30%:         | 20%,   |
| zwischen 30% und 50%:         | 20%,   |
| über 50%:                     | 13.5%. |

d) Umsatzanteil mit Gattungsware

3 Antwortende, d.h. 75% derjenigen Hersteller, die ihr Produkt auch als Gattungsware, als "weisses Produkt" vertreiben (=100%), gaben den Umsatzanteil der Gattungsware an ihrem Gesamtumsatz an:

|                   |      |
|-------------------|------|
| 10% des Umsatzes: | 66%, |
| 30% des Umsatzes: | 33%. |

### III. Antworten der nicht zweigleisig Vertreibenden

Bei der Beantwortung der Frage, welche Gründe sie vom zweigleisigen Vertrieb abhalten, wurden die beiden folgenden Gründe mit je 66.5% am häufigsten genannt:

Nur eigene Marken tragen zur Profilierung des Unternehmens bei.

Dies widerspräche unserer grundsätzlichen Unternehmenspolitik.

Je 46.5% gaben folgende Gründe an:

Nur Markenartikel gewährleisten Produktpflege bis zum Konsumenten.

Die Konsumenten fühlen sich irreführt, wenn Sie erfahren, dass dieselben Produkte auch unter einer anderen Marke erhältlich ist.

#### **IV. Veränderungen des Anteils des zweigleisigen Vertriebs**

53.5% der zweigleisig Vertreibenden glauben, dass der Anteil der Eingemarken des Handels an ihrer Produktion in Zukunft gleich bleiben wird, 39%, dass er zunimmt, 7.5%, dass er abnimmt.

Bei 56% ist in der Vergangenheit konstant geblieben, bei 29.3% hat er zugenommen, bei 14.6% abgenommen.

## **Lebenslauf**

Ich wurde am 7.Juli 1958 in Zürich geboren. Hier besuchte ich die Primarschule, anschliessend die Kantonsschule Freudenberg, wo ich im Herbst 1977 mit der Matura Typus A abschloss. Darauf immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Das Lizentiat bestand ich im Dezember 1982. Von Januar 1983 bis April 1985 war ich als Assistent von Prof. Dr. Peter Weimar tätig. Anschliessend arbeitete ich am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht in München an meiner Dissertation. Nach Praktika am Bezirksgericht Affoltern und in einem Zürcher Anwaltsbüro erwarb ich am 25.Mai 1988 das Rechtsanwaltspatent. Am 13. Juli 1988 wurde ich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.











